Über die Anwendbarkeit des § 326 B.G.B. bei Abnahmeverzug des Käufers.

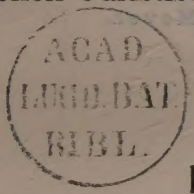
Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität zu Breslau



vorgelegt von

Rudolf Weissstein,
Referendar am Königl. Landgericht Breslau.

Breslau 1909.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.
Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Herb. Meyer.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Die geschichtliche Entwickelung der Abnahmepflicht des Käufers.

§ 1. Das römische und gemeine Recht 1
§ 2. Das preußische Recht 6
§ 3. Das Recht des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs 7

I. Hauptteil: Begriff, Wesen und Umfang der Abnahmepflicht des Käufers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 4. Begriff der Abnahmepflicht 9
§ 5. Umfang der Abnahmepflicht 14
§ 6. Die Abnahme und ihr Verhältnis zum Abruf und zur Spezifikation 16

II. Hauptteil: Die Anwendbarkeit des § 326 B.G.B. beim Abnahmeverzuge des Käufers.

§ 7. Die Abnahmepflicht als schuldnerische Leistung . . 18
§ 8. § 326 B.G.B. nur anwendbar beim Verzuge mit der Hauptleistung bezw. einem Teile der Hauptleistung 27
§ 9. Die Abnahme nur ausnahmsweise eine Hauptleistung, § 326 B.G.B. bei Abnahmeverzug also nur ausnahmsweise anwendbar 35
§ 10. Die Fassung des Gesetzes 36
§ 11. Die ratio legis 41
§ 12. Die andern Ansichten und ihre Vertreter 49
§ 13. Praktische Ausgestaltung der Rechte des Verkäufers aus § 326 B.G.B. bei Abnahmeverzug des Käufers . 56

Einleitung.

Die geschichtliche Entwickelung der Abnahmepflicht des Käufers.

§ 1. Das römische und gemeine Recht.

Der heutigen Rechtsordnung genügt es beim Kaufe nicht mehr, daß der Verkäufer dem Käufer das bloße Haben und Genießen der Sache (das rem habere possidere uti frui licere) gewährleistet; der Käufer muß sicherer gestellt sein, ihm muß das Vollrecht an dem Gegenstande des Kaufes verschafft werden: das Eigentum an der Sache, das Nutzrecht selbst beim Verkaufe eines Rechts. Dafür ist auch der Verkäufer besser gestellt, und dem Käufer sind größere Verpflichtungen auferlegt als früher: der Käufer ist nicht nur gehalten, den Kaufpreis zu zahlen, sondern auch verpflichtet, dem Verkäufer die gekaufte Sache abzunehmen. Diese Abnahmepflicht des Käufers hat sich nicht sprunghaft und plötzlich herausgebildet, sondern ganz allmählich im Laufe der geschichtlichen Entwickelung, einer Entwickelung, die einen Abschluß im Bürgerlichen Gesetzbuche gefunden hat.

Ob im römischen und gemeinen Rechte eine Abnahmepflicht des Käufers bestanden hat, ist bestritten. Die Streitfrage knüpft an die Digestenstelle l. 9, D. 19, 1 an: si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat. Dieses Fragment hat die verschiedenartigste Interpretation gefunden; man

darf, im Anschluß an Barkhausen,[1]) drei Haupttheorien unterscheiden, deren Vertreter aber unter sich wiederum vielfach voneinander abweichen.

Die „Theorie der unbedingten Anerkennung“[2]) steht auf dem Standpunkte, daß jene Digestenstelle schlechthin dem Verkäufer ein Klagerecht auf Abnahme gegen den Käufer zubilligt. Ihre Vertreter sind unter anderen Treitschke[3]) und Thöl.[4]) Ein besonderes Interesse darf auch die hierher gehörige von Goldschmidt[5]) entwickelte „historische Theorie“ beanspruchen. Goldschmidt sagt: „Die Abnahmepflicht wurde zunächst formularmäßig beredet. Sie wurde allmählich usancemäßig, d. h. sie verstand sich von selbst. Auch auf diese Rechtspflicht wendete man nun auf Grund der bona fides die actio venditi an; das Resultat fixiert Pomponius in der l. 9, D. 19, 1.“[6]) Auch Hirsch[7]) ist hierher zu zählen; doch will er gegebenenfalls die exceptio doli generalis Platz greifen lassen, deren Geltung allerdings für das gemeine Recht nicht unbestritten war: wenn der Verkäufer an der Abnahme durch den Käufer objektiv kein Interesse habe und dazu noch das subjektive Moment des schikanösen Verhaltens hinzukomme, dann cessiere der Abnahmeanspruch des Verkäufers.[8]) Aus der Praxis ist ein Urteil des Obergerichts zu Bremen vom 11. April 1874[9]) zu erwähnen, das sich gleichfalls auf den Standpunkt der Vertreter der

[1]) Barkhausen, S. 30 ff.
[2]) Schöffer, S. 20.
[3]) Treitschke, § 77.
[4]) Thöl, a. a. O.
[5]) Goldschmidt, S. 58.
[6]) gegen ihn Schöffer, S. 18, 19.
[7]) Hirsch, S. 190.
[8]) Auf diese Weise nähert sich Hirsch den Vertretern der gleich zu erwähnenden Interessetheorie, insbesondere Barkhausen, von denen er sich aber immer noch dadurch unterscheidet, daß er ein subjektives Moment, das schikanöse Verhalten, als Bedingung des Versagens des Abnahmeanspruchs fordert.
[9]) in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht XXX, S. 31.

Theorie der unbedingten Anerkennung stellt. — Gegen diese Theorie ist mit Recht geltend gemacht worden, daß sich nur diese einzige Digestenstelle als Beleg für die praktisch so bedeutsame Abnahmepflicht findet, was bei der Wichtigkeit des Institutes, wenn es eine allgemeine Geltung haben solle, wundernehmen müsse;[1]) daß insbesondere die Nachfolger des Pomponius, dessen Sabinuskommentar die l. 9 D. 19, 1 entstammt, daß Juristen wie Papinian, Ulpian und Paulus die Abnahmepflicht überhaupt nicht erwähnen. Auch dürfte ein anderer Einwand gegen diese Theorie begründet sein, daß nämlich das Beispiel in jener Stelle ein zu auffallendes ist, als daß man daraus entnehmen könnte, die Abnahmepflicht gelte bei jedem Kauf:[2]) handelt es sich doch hierbei um den Kauf von Steinen, die nicht schon, zur Abnahme bereit, auf dem Grundstücke liegen, die vielmehr erst aus dem Grund und Boden (ex fundo) herausgenommen werden sollen, wobei das Herausnehmen als besondere Arbeit gewertet wird!

Die Vertreter der „Interessetheorie" sprechen dem Verkäufer nur dann einen Anspruch auf Abnahme der Kaufsache gegen den Käufer zu, wenn er ein Interesse an der Abnahme hat. Barkhausen[3]) will allerdings diesen Anspruch nicht davon abhängig machen, daß der Verkäufer sein Interesse im konkreten Falle beweist, sondern er will umgekehrt dem Käufer die Beweislast dafür aufbürden, daß der Verkäufer kein Interesse an der Abnahme habe; er nähert sich so bezüglich des praktischen Ergebnisses in weitem Umfange dem Standpunkte der Vertreter der Theorie der unbedingten Anerkennung, insbesondere der Hirsch'schen Ansicht (vgl. oben S. 2). Die übrigen Anhänger der Interessetheorie nötigen dagegen den Verkäufer zum Beweise seines Interesses. Im einzelnen bestehen zwischen den Vertretern dieser Theorie zahlreiche Abweichungen. So wird bezüglich der Zeit, in welcher

[1]) Schöffer, S. 22.
[2]) Schöffer, S. 16.
[3]) Barkhausen, S. 30 ff.

das Interesse an der Abnahme vorhanden sein muß, teils erfordert, daß es bereits beim Abschluß des Kaufvertrages vorhanden oder doch wenigstens voraussehbar war;[1]) teils wird es für genügend erklärt, daß es zur Zeit der Erfüllung bestand.[2]) So werden bezüglich der Stärke des Interesses von manchen keine besonderen Forderungen gestellt, während manche ein besonderes Interesse verlangen.[3]) Besonders die Praxis stellte sich vielfach auf den Standpunkt der Interessetheorie. Von Urteilen, die sich in diesem Sinne ausgesprochen haben, sind außer den bereits erwähnten, noch folgende zu nennen: des Appellationsgerichts in Celle vom 31. Oktober 1876,[4]) des Reichsgerichts vom 27. Februar 1889,[5]) des Appellationsgerichts in Wiesbaden[6]) und andere mehr.

Die Vertreter der „Verneinungstheorie" stehen auf dem Standpunkte, daß aus dem Kaufvertrage dem Verkäufer niemals ein Recht auf Abnahme zugestanden habe. Sie erklären jene Digestenstelle dahin, es liege neben dem Kaufvertrag ein Nebenvertrag mit der Beredung vor, Käufer solle verpflichtet sein, die Kaufsache abzunehmen und fortzuschaffen. Der Ton liege nicht auf dem „agi", sondern auf dem „ex vendito". Das Fragment wolle besagen, daß jene durch einen besonderen Nebenvertrag übernommene Nebenverpflichtung mit der Klage aus dem Hauptvertrag, der actio venditi, geltend gemacht werde, eine Erscheinung, die auch sonst nicht ungewöhnlich sei. Es liege hier kein reiner Kaufvertrag vor: es handle sich um ein „gemischtes Geschäft".[7]) Die Vertreter dieser Ansicht sind namentlich Mommsen,[7]) ferner Windscheid-Kipp[8])

[1]) Dernburg, Pand. § 74, 4.

[2]) Sintenis, § 116.

[3]) R.G. in E.R.G. V, S. 393; XXX, S. 118; O.L.G. Jena in Seuff. Arch. XLVII, S. 151.

[4]) in Seuff. Arch. XXXII, S. 157.

[5]) in Seuff. Arch. XLVI, S. 221.

[6]) Buschs Arch. f. H.R. XVIII, S. 85/6.

[7]) Mommsen, S. 134.

[8]) Windscheid-Kipp, § 347.

und Kohler,[1]) sowie Jacobi.[2]) Auch Endemann[3]) steht für das römische Recht auf diesem Standpunkte(, während er sich für das gemeine Recht den Anhängern der Interessetheorie zugesellt). Auch das Oberlandesgericht Kiel[4]) sprach sich in diesem Sinne aus. Besonders zu erwähnen ist noch ein Urteil des Oberlandesgerichts Rostock vom 16. November 1883,[5]) das sich klar und deutlich auf diesen Standpunkt stellt: „Es muß streng daran festgehalten werden, daß die Ausnahme (das Bestehen einer Abnahmepflicht) sich auf solche Fälle beschränkt, in denen der Käufer die Wegschaffung des Objekts als besondere Nebenleistung übernommen hat". — Gegen diese Verneinungstheorie ist folgendes einzuwenden:[6]) von einer ausdrücklich übernommenen Verpflichtung des Käufers steht nichts in der Stelle. Es ist kaum anzunehmen, daß Pomponius ein so bedeutsames Moment nicht besonders hervorgehoben hätte. Die von Kohler dafür angeführten Quellenbelegstellen,[7]) daß eine durch Nebenvertrag bedungene besondere Nebenleistung mit der actio der Hauptleistung einklagbar sei, enthalten sämtlich eine ausdrückliche Vereinbarung der Nebenleistung. Auch die Unterstellung einer stillschweigend getroffenen Vereinbarung ist höchst bedenklich; kann dies doch leicht dazu verleiten, den Satz aufzustellen, wenn jemand einem anderen ein Recht einräumt und dabei den Wunsch durchblicken läßt, daß der Berechtigte das Recht auch wirklich ausüben möge (z. B. der Eigentümer eines neuerbauten Hauses dem Mieter gegenüber, der die Wohnung „einwohnen" soll), daß nun dieser andere dazu verbunden sei![8])

---

[1]) Kohler in Iherings Jahrb. XVII, S. 275, 276.

[2]) Jacobi, S. 261.

[3]) Endemann, S. 938.

[4]) in Seuff. Arch. XL, S. 293.

[5]) in Seuff. Arch. XLI, S. 151.

[6]) vgl. Schöffer, S. 25/26.

[7]) vgl. z. B. l. 13, pr. D. 13, 7; l. 79, D. 18, 1; l. 6, §§ 1, 2, D. 19, 1.

[8]) Barkhausen, S. 43.

§ 2. Das preußische Recht.

Konnte so infolge des dürftigen Inhalts jener Digestenstelle die Frage nach dem Bestehen und Umfang einer Abnahmepflicht im römischen und gemeinen Rechte in der Tat zu Streitfragen Anlaß geben, so darf man sich wundern, daß für das preußische Recht trotz des klaren Wortlautes des Gesetzestextes dennoch Zweifel über die Anerkennung einer Abnahmepflicht des Käufers sich erhoben haben. A.L.R. I, 11 § 215 besagt: „Ist der Verkäufer bereit, die Sache vertragsmäßig zu übergeben, so ist der Käufer sie sofort zu übernehmen schuldig". Ganz allgemein ist hier die Abnahmepflicht aufgestellt. Nichtsdestoweniger will Dernburg[1]) diese Abnahmepflicht nur dann gelten lassen, wenn dies die — ausdrücklich oder stillschweigend ausgesprochene — Absicht der Vertragschließenden war. Indessen erscheint, wie auch das Reichsgericht[2]) anerkannt hat, diese Beschränkung durch nichts gerechtfertigt. Auch Laband[3]) will keineswegs eine Abnahmepflicht nach preußischem Rechte anerkennen. Er meint, die im A.L.R. I, 11 § 215 normierte Verpflichtung sei keine Pflicht im eigentlichen Sinne des Wortes, d. h. klagbar, vollstreckbar und somit erzwingbar; ihre Verletzung rufe nur gewisse unangenehme Folgeerscheinungen hervor und begründe die im A.L.R. I, 11 §§ 216—220 normierten Folgen des Empfangsverzuges.[4]) Im übrigen findet sich freilich nirgends eine derartig einengende Interpretation des § 215 A.R.L. I, 11. Ganz allgemein wird anerkannt, daß eine Abnahmepflicht des Käufers schlechthin besteht, so von Förster-Eccius,[5]) Sprenger,[6])

---

[1]) Dernburg, pr. Privatr. II, S. 402.

[2]) E.R.G. XXVI, S. 216.

[3]) Laband, S. 306.

[4]) Es handle sich lediglich um eine uneigentliche Pflicht, wie man z. B. auch von einer Einlassungspflicht spricht, um damit anzudeuten, daß den, der sich ihr widersetzt, gewisse gesetzlich fixierte Nachteile treffen.

[5]) Förster-Eccius II, S. 66.

[6]) Sprenger, S. 595.

Hirsch[1]) und Oertmann.[2]) In diesem Sinne sprechen sich auch die „Motive“[3]) aus, denen Laband,[4]) von seinem Standpunkte aus, den Vorwurf machen muß, das preußische Landrecht falsch verstanden zu haben. Auch in der Rechtsprechung wurde durchgängig anerkannt, daß der Käufer zur Abnahme verpflichtet sei: so in den Urteilen des Reichsgerichts vom 24. Juni 1889,[5]) vom 26. Januar 1887[6]) und vom 27. Juni 1887,[7]) wobei das Reichsgericht zur Begründung seiner Ansicht auf § 270 A.L.R. I, 5 verwies: „In der Regel müssen die Verträge ihrem ganzen Inhalte nach erfüllt werden.“

§ 3. Das Recht des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs.

Für das Handelsrecht bestimmte Art. 346 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches:

„Der Käufer ist verpflichtet, die Ware zu empfangen, sofern sie vertragsmäßig beschaffen ist oder in Ermangelung besonderer Verabredung den gesetzlichen Erfordernissen entspricht (Art. 335).

Die Empfangnahme muß sofort geschehen, wenn nicht ein anderes bedungen oder ortsgebräuchlich oder durch die Umstände geboten ist.“

Die meisten Schriftsteller erachteten auf Grund dieser Vorschrift die Abnahmepflicht[8]) des Käufers für statuiert,

[1]) Hirsch, S. 194/5.
[2]) Oertmann, S. 326.
[3]) Mot. II, S. 318.
[4]) Laband, S. 306.
[5]) E.R.G. XXVI, S. 216.
[6]) J. W. 1887, S. 68.
[7]) J. W. 1887, S. 365.
[8]) Hierbei sei freilich dahingestellt, ob die „Empfangnahme“ völlig der heutigen „Abnahme“ entspricht. Die Frage wird bejaht z. B. von Lehmann, S. 493, ferner in R.O.H.G. VII, S. 356, verneint dagegen in einer Entscheid. des R.G. (E.R.G. XXX, S. 117): „empfangen, d. h. die Ware in einer Weise abnehmen, welche die Erklärung enthält, daß er die Übergabe der Waren als Erfüllung der geschlossenen Kaufverträge anerkenne“.

so Barkhausen,[1]) Oertmann,[2]) Hirsch[3]) und namentlich Staub,[4]) der sagt: „Warum sollte eine mit so präzisen Worten statuierte rechtliche Verpflichtung nicht klagbar sein? Fast erscheint es unmöglich, eine klagbare rechtliche Verpflichtung noch deutlicher zu statuieren, als es geschehen ist.“ Man beachte auch die energische Fassung des zweiten Absatzes:[5]) „die Empfangnahme muß sofort geschehen.“ Die Gerichte und besonders das Reichsgericht stellten sich aber größtenteils auf den anderen Standpunkt, daß Art. 346 ein Klagerecht nicht einführen wolle, die Frage vielmehr auch weiterhin den Landesgesetzen überlassen bleibe,[6]) so namentlich die Urteile des Reichsgerichts vom 25. Oktober 1881,[7]) 24. November 1885,[8]) 24. Juni 1889[9]) und 19. Oktober 1892.[10]) Im nämlichen Sinne sprachen sich aus: das Oberlandesgericht Kiel am 27. Oktober 1884,[11]) das Oberlandesgericht Jena am 15. Juni 1891,[12]) das Appellationsgericht Celle am 31. Oktober 1876.[13]) Auch das Reichsoberhandelsgericht[14]) versagte die Klage auf Grund des Art. 346. Dagegen ist die Verpflichtung zur Abnahme in einem Urteil des Handelsappellationsgerichts in Nürnberg[15]) ausgesprochen.

[1]) Barkhausen, S. 55.
[2]) Oertmann, S. 326.
[3]) Hirsch, S. 197.
[4]) Staub (A. D. H.G.B), S. 845.
[5]) Schöffer, S. 38; Bretzfelder, S. 17.
[6]) Vgl. Oertmann im Arch. f. d. ziv. Pr. LXXXV, S. 221.
[7]) E.R.G. V, S. 393.
[8]) E.R.G. XIV, S. 247.
[9]) E.R.G. XXVI, S. 216.
[10]) E.R.G. XXX, S. 118.
[11]) Seuff. Arch. XL, S. 293.
[12]) Seuff. Arch. XLVII, S. 151.
[13]) Seuff. Arch. XXXII, S. 157.
[14]) R.O.H.G. VII, S. 356.
[15]) in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht XVII, S. 238.

1. Hauptteil.

Begriff, Wesen und Umfang der Abnahmepflicht des Käufers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 4. Begriff der Abnahme.

„Daraus, daß die modernen Kodifikationen", so besagen die „Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich",[1] „sich überwiegend für die Verpflichtung (des Käufers zur Abnahme) aussprechen, ist auch auf ein praktisches Bedürfnis, dieselbe anzuerkennen, mit Sicherheit zu schließen."[2] So statuierte man die Abnahmepflicht in § 459 Abs. 2 des 1. Entwurfes: „Der Käufer wird durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die verkaufte Sache abzunehmen." Trotzdem man gegen die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Vorschrift zahlreiche Einwände vorbrachte,[3] ging man auch in den ferneren Entwürfen und Vorlagen nicht davon ab. Dieselbe Vorschrift findet sich mit ganz unbedeutenden redaktionellen Änderungen, die nur die Fassung betreffen, im Entwurf zweiter Lesung (§ 375 Abs. 2), in der Bundesratsvorlage (§ 427 Abs. 2) und in der Reichstagsvorlage (§ 427 Abs. 2). Ihre Anerkennung ist endgültig im Bürgerlichen Gesetzbuche erfolgt, dessen § 433 Abs. 2 lautet: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen."

Aber auch hiermit ist der alte Streit noch nicht beendet. An diese scheinbar so klar gefaßte Vorschrift

---

[1]) Mot. II, S. 318.

[2]) Außer A.L.R. I, 11 § 215 und Art. 346 A.D.H.G.B. vgl. auch § 1062 d. österr. Gesetzb., Art. 260 des schweiz. Bundesges., sowie hess. Entw. Art. 21 und Dresdner Entw. Art. 453.

[3]) vgl. insbes. Laband, S. 306.

knüpfen eine ganze Reihe Zweifelsfragen an, bezüglich deren Beantwortung nichts weniger als Einigkeit besteht.

Schon Laband[1]) warf gegenüber jener Bestimmung des ersten Entwurfes in § 459 Abs. 2 die Frage auf: „Was heißt hier „abnehmen“? Ist Abnahme gleichbedeutend mit Annahme; besteht sie in der Entlastung des Verkäufers von Innehabung und Aufbewahrung der verkauften Sache, in der Ermöglichung der Übergabe, in dem tatsächlichen Vorgange des Empfangens? Oder hat sie einen eigentümlichen rechtsgeschäftlichen Inhalt; involviert sie eine Willenserklärung; hat das Wort hier vielleicht denselben Sinn, in welchem es vom Entwurf bei dem Werkvertrage gebraucht wird?“

Im Worte „nehmen“ stecken zwei Begriffe, einmal der des „anfassens“ oder „ergreifens“ (die körperliche Berührung des Gegenstandes), und zweitens der des „fortbewegens“, d. h. der Veränderung seiner Lage im Raume.[2]) Einen Gegenstand nehmen heißt ihn anfassen und weiter bewegen. Ist dem Worte „nehmen“ ein Beiwort angefügt, so gibt dieses die Richtung an, in der sich der angefaßte Gegenstand bewegen soll: z. B. annehmen, herausnehmen. Spricht man von „abnehmen“, so bezeichnet man damit die Richtung, aus der die Bewegung erfolgt. Mit Bezug auf eine Person bedeutet „abnehmen“, einen Gegenstand dem Machtbereich derselben entziehen, so daß sie dieses Gegenstandes ledig wird.

Ist nun „abnehmen“ im § 433 Abs. 2 in diesem wörtlich-lokalen Sinne zu fassen? oder bedeutet es vielleicht als Erfüllung annehmen (§ 363) oder prüfen, eine Bedeutung, die es wohl beim Werkvertrage hat, oder etwa billigen, d. h. prüfen und gutheißen?

Nur die erste Frage kann bejaht werden, wie sich mit Gewißheit aus der ratio legis ergibt. Dem willigen Schuldner muß einmal die Möglichkeit geboten werden, sich, nötigenfalls auch ohne Mitwirkung des Gläubigers, aus dem Obli-

[1]) Laband, S. 304.
[2]) Scheider, S. 10 ff.

gationsnexus zu lösen. Dies muß zweitens um so mehr geschehen, als dieses Gebundensein den Schuldner nicht nur dauernd an seinen Gläubiger kettet, sondern auch auf seine sonstige freie wirtschaftliche Betätigung lähmend einwirkt. Ihm ist die Möglichkeit genommen, den Raum, den die verkaufte Sache einnimmt, für seine eigenen Geschäftszwecke zu benutzen. Ein Tuchwarenkaufmann hat einen großen Posten Winterwaren verkauft und will sich jetzt mit Sachen für die Sommersaison versehen: er kann sie nicht auf Lager nehmen, weil der Käufer die gekauften Sachen nicht abnimmt. Raum ist Geld. „Der kleinste Fleck des in der Großstadt befindlichen Magazins verschlingt täglich eine erkleckliche Pachtzinssumme.“ [1]) Die Aussetzung, welche das römische und deutsche Recht dem Verkäufer als Mittel an die Hand gab, um sich der Kaufsache zu entledigen, kennt das heutige Recht nicht mehr, weil es eine solche Maßregel als unökonomisch verworfen hat. So soll der Verkäufer das Recht haben, die Hinwegschaffung des Kaufobjektes vom Käufer verlangen zu dürfen! Dieses lokale Räumungsinteresse wollte das Gesetz berücksichtigen und statuierte darum die Abnahmepflicht. Man brachte freilich gegen die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Bestimmung mancherlei Einwände. So führte Laband [2]) aus, sie sei völlig überflüssig, der Verkäufer sei durch die Bestimmungen über den Annahmeverzug genügend gesichert; er könnte das Grundstück preisgeben (§ 303), bewegliche Sachen hinterlegen oder verkaufen. Aber der Kreis der hinterlegungsfähigen Sachen ist von vornherein ein sehr beschränkter: das Gesetz gestattet die Hinterlegung nur bei Geld, Wertpapieren und sonstigen Urkunden sowie Kostbarkeiten, wenn sie auch im Rahmen der Landesgesetzgebung noch für andere Sachen für zulässig erklärt werden kann. [3]) Das Mittel des Selbsthilfeverkaufs [4]) ist vollends

[1]) Sprenger, S. 594.
[2]) Laband, a. a. O. Ebenso Romlick, S. 60, 61.
[3]) B.G.B. § 372 ff, H.G.B. § 373, E.G B.G.B. Art. 146.
[4]) B.G.B. § 383 ff., H.G.B. § 373.

mangelhaft: es macht viel Mühen und Umstände, setzt den Verkäufer nur allzuleicht hohen Schadensersatzansprüchen aus und versagt auch in zahlreichen Fällen, wenn die Ware unverkäuflich ist, mag sie durch einen Preissturz des betreffenden Handelsartikels nahezu wertlos geworden sein, mag sie ausschließlich den persönlichen Zwecken des Käufers zu dienen bestimmt sein. In allen diesen Fällen, in denen die Sache nicht hinterlegbar und unverkäuflich ist, könnte sich der Verkäufer des Besitzes der Sache nicht entledigen. Erst die Festsetzung der Abnahmepflicht in § 433 Abs. 2 gibt ihm das Recht, die Fortschaffung der Kaufsache vom Käufer zu verlangen.

Kann sich so der Verkäufer rein körperlich-lokal der Sache unter Umständen überhaupt nicht entschlagen, sodaß er sie weiter aufbewahren muß und ihm dadurch mittelbar Schaden entsteht, weil er den Raum nicht anderweit benutzen kann, so kann ihm auch unmittelbar durch die Sache beträchtlicher Schaden erwachsen: der Zündstoff explodiert und legt das Warenmagazin nieder; die verkaufte Sache verdirbt und muß aus sanitätspolizeilichen Gründen beseitigt werden. Allen diesen Schaden könnte der Verkäufer nicht ersetzt verlangen; denn beim Annahmeverzug kann er nur Ersatz der Mehraufwendungen fordern, die er (für das erfolglose Angebot sowie) für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte (§ 304). Auch ist seine Haftung noch immer nicht völlig erloschen, sondern hat sich nur auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit herabgemindert (§ 300).

Die Verpflichtung des Käufers besteht also darin, die gekaufte Sache der Interessensphäre des Verkäufers derartig zu entrücken, daß sie diesem nicht mehr zur Last fällt und ihm in ihrer körperlichen Existenz als raumfüllendes Objekt nicht mehr hinderlich ist. In diesem rein örtlichen Sinne ist denn auch die Abnahmepflicht ganz überwiegend aufgefaßt worden. So namentlich von Sprenger,[1])

[1]) Sprenger, S. 592 ff.

der, um das lokale Element im Begriffe „abnehmen“ noch mehr zu betonen, den § 459 Abs. 2 des Entwurfes dahin abzuändern vorschlug: „Der Käufer wird verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und den Lagerplatz der verkauften Sache zu räumen“. So von Crome,[1]) Hirsch,[2]) Emerich[3]) („körperliche Wegnahme und Befreiung von der Aufbewahrungspflicht“), Windscheid-Kipp[4]) („körperliches Nehmen“), Rauert,[5]) Haenisch,[6]) Schneider,[7]) Brinkmann,[8]) Rosenberg[9]) („die reine körperliche Hinwegnahme“), Romeick,[10]), Jacobi,[11]) Bechmann[12]) („entledigen des Verkäufers von der Innehabung der Sache“), Paech[13]) („die körperliche Wegschaffung aus der Interessensphäre des Verkäufers“), Makower[14]) („körperliche Hinwegnahme“), Landsberg,[15]) S. Goldmann,[16]) F. Goldmann,[17]) Schütze.[18]) So in zahlreichen Urteilen des Reichsgerichts vom 2. Februar 1906[19]) („Wegnahme der bereit gestellten Ware von dem Platze ihrer Lagerung“), vom 9. Dezember 1902[20]) („körperliche Wegnahme“) und vom 23. Februar 1904.[21]) — Freilich betonen manche Schriftsteller, daß außer dem Fortschaffen noch ein Übernehmen in die Verfügungsgewalt des Käufers notwendig sei. Doch dürfte hierin kaum eine wesentliche Abweichung von der oben gegebenen Begriffsbestimmung zu erblicken sein: meist soll wohl nur dem Gedanken Ausdruck gegeben werden, daß das tatsächliche Wegnehmen den Nehmenden zwingt, die wegzuschaffende Sache, wenn auch vielleicht nur vorübergehend, in seinen Gewahrsam zu bringen, ja daß in

---

[1]) Crome, S. 424.
[2]) Hirsch, S. 291.
[3]) Emerich, S. 80, 87.
[4]) Windscheid-Kipp, S. 658.
[5]) Rauert, S. 46.
[6]) Haenisch, S. 9.
[7]) Schneider, S. 10, 24.
[8]) Brinkmann, S. 8.
[9]) Rosenberg, S. 256.
[10]) Romeick, S. 58.
[11]) Jacobi, S. 273, 277.
[12]) Bechmann III, S. 158.
[13]) Paech, S. 26.
[14]) Makower, S. 1140, 1196.
[15]) Landsberg, S. 418.
[16]) S. Goldmann, S. 1579.
[17]) F. Goldmann, S. 50.
[18]) Schütze, S. 42.
[19]) im R. 06, S. 372.
[20]) E.R.G. LIII, S. 163.
[21]) E.R.G. LVII, S. 109.

der Regel mit dem Fortschaffen auch ein dauerndes Ansichbringen, eine dauernde Übernahme in die eigene Verfügungsgewalt verbunden sein wird, obschon dies nicht im Begriffe des „Abnehmens“ enthalten ist. In diesem Sinne ist wohl die Auffassung Plancks[1]) zu verstehen („körperliche Hinwegnahme der Sache, um die tatsächliche Verfügungsgewalt zu erhalten und den Verkäufer von der Sache zu entlasten“), Endemann[2]) („körperliche Empfangnahme“), Siber[3]) („tatsächliche Wegnahme, d. h. Übernahme in den unmittelbaren Besitz“), Fischer-Henle[4]) („Übernahme in die tatsächliche Verfügungsgewalt“), Schollmeyer[5]) („Ansichnehmen“), Staub[6]) („Abnahme besteht darin, daß der Käufer die Sache tatsächlich in seine Verfügungsgewalt übernimmt“) und ähnliches mehr.[7])

Hiermit entfallen von selbst alle anderen Ansichten, die den Begriff der Abnahme anders fassen wollen, und namentlich die, welche die Abnahme mit der Annahme identifizieren will. Die Unrichtigkeit dieser Meinung erhellt wohl schon daraus, daß kaum anzunehmen ist, daß das Gesetz sich für denselben Begriff zwei derartig verschiedener Ausdrücke bedient hätte. Für die ferneren (Prüfung, Billigung) bietet weder der Wortlaut noch auch der Zweck des Gesetzes irgendwelchen Anhalt.

§ 5. Umfang der Abnahmepflicht.

Abgenommen im obigen Sinne, d. h. fortbewegt werden können nur bewegliche Sachen. Freilich spricht das Gesetz ganz allgemein von der Verpflichtung, die gekaufte Sache abzunehmen, ohne zwischen Mobilien und Immobilien

---

[1]) Planck, S. 333.
[2]) Endemann, S. 938.
[3]) Siber, S. 43.
[4]) Fischer-Henle zu § 433.
[5]) Schollmeyer, S. 38.
[6]) Staub, S. 1457.
[7]) vgl. auch Oberloskamp, S. 5, 12; Hohenstein, S. 71; Müller-Meikel, S. 401; E.R.G. LIII, S. 162.

zu unterscheiden. Will man daher auch eine Abnahmepflicht an Immobilien überhaupt anerkennen,[1]) so muß hier notwendigerweise dem Begriffe „Abnahme“ eine andere Bedeutung zukommen: vielfach wird die Befreiung von der Aufbewahrungspflicht gemeint.[2]) Doch dürfte sich, trotz des Gesetzestextes, die Abnahmepflicht tatsächlich nur auf Mobilien beschränken, da nur bei Mobilien eine Abnahmepflicht des Käufers im Interesse des Verkäufers geboten ist. Denn bei Immobilien ist der Verkäufer durch das Preisgaberecht aus § 303 genügend geschützt; durch die Preisgabe wird er von der Aufbewahrungspflicht befreit, indem er das Grundstück verläßt und dasselbe auf diese Weise seiner Interessensphäre entrückt wird; eine Handlung des Käufers wäre hierbei nicht nur überflüssig, sondern geradezu unmöglich, da er nicht in der Lage ist, durch eine von ihm ausgehende Tätigkeit das Grundstück dem Machtbereich des Verkäufers zu entziehen;[3]) hierzu ist nur der Verkäufer selbst imstande, indem er sich vom Grundstück

---

[1]) F. Goldmann, S. 39; Müller-Meikel, S. 277; Striebinger, S. 32; Oberloskamp, S. 36; Crome, S. 424; E.R.G. LIII, S. 72.

[2]) Häufig auch die Entgegennahme der Auflassungserklärung. Diese letztere Auffassung muß de lege lata zurückgewiesen werden: bei ihr erscheint die Abnahme als ein Teil der Annahme und, wie schon oben ausgeführt, ist kaum anzunehmen, daß das Gesetz für den nämlichen Begriff zwei verschiedene Bezeichnungen gebraucht hat. Daß die Abnahmepflicht in dem oben entwickelten Sinne einen hohen Wert für den Verkäufer darstellen würde, kann freilich nicht zweifelhaft sein, z. B. dann, wenn der Verkäufer als Eigentümer des Grundstücks für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auf Grund einer Reallast auch persönlich mit seinem eigenen Vermögen einstehen muß (§ 1108). De lege ferenda wäre es deshalb vielleicht nicht unbillig, den Käufer zur Entgegennahme der Auflassungserklärung, d. h. ausnahmsweise zur Annahme zu nötigen; de lege lata besteht eine solche Verpflichtung des Käufers nicht.

[3]) Mehr kann der Verkäufer nicht vom Käufer verlangen; er kann insbesondere nicht fordern, daß der Käufer das Grundstück in Besitz nimmt, es bewohnt, vermietet und ähnliches mehr.

entfernt. Eine Abnahmepflicht besteht demnach nur bei beweglichen Sachen.[1]) Hieraus werden sich wichtige Folgerungen ergeben.

§ 6. Die Abnahme und ihr Verhältnis zum Abruf und zur Spezifikation.

Im Anschluß hieran ist noch kurz die Frage zu prüfen, ob gewisse, namentlich im kaufmännischen Verkehr überaus häufige Maßnahmen mit unter den Begriff der Abnahme zu fassen sind. Dies sind vor allem der „Abruf", d. h. die Erklärung des Käufers, daß die Lieferung des Verkäufers in dem näher bezeichneten Zeitpunkte erfolgen solle, und die „Spezifikation",[2]) d. h. die dem Käufer einer beweglichen Sache vorbehaltene nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse (H.G.B. § 375).[3]) „Im kaufmännischen Sprachgebrauche ist", so führt das Reichsgericht aus,[4]) „vielfach der Ausdruck „Abnahme" Sammelnahme für die Tätigkeit des Käufers bis zur Zahlung des Kaufpreises. — In der Literatur wird die rechtliche Auffassung vertreten, die Vornahme jener rechtsgeschäftlichen Handlungen[5]) sei ein Bestandteil der Abnahmeverpflichtung aus § 433 Abs. 2.[6]) Bei Prüfung dieser Frage im Urteil vom 22. Dezember 1903 gelangte indessen der Senat zu dem Ergebnis, daß damit der Vorschrift des § 433 Abs. 2 eine zu große Tragweite beigemessen werde; er hat dort ausgeführt, aus der Vorschrift des § 433 Abs. 2 über die Verpflichtung des Käufers zur körperlichen Hinwegnahme

---

[1]) ebenso Hohenstein, S. 72; F. Brinkmann, S. 32; Haenisch, S. 27.

[2]) Diese Spezifikation ist nicht mit der gleichfalls als Spezifikation bezeichneten Verarbeitung zu verwechseln.

[3]) vgl. Oertmann im Arch. f. d. ziv. Pr. LXXXV, S. 202; Lehmann-Ring, S. 109.

[4]) E.R.G. LVII, S. 109 u. D.J.Z. 04, S. 343.

[5]) Abruf und Spezifikation.

[6]) Düringer-Hachenburg, S. 233; Jacobi, S. 277; Fischer-Henle zu § 433; Rauert, S. 66; Rosenthal, S. 33; Striebinger, S. 60; Oberloskamp, S. 31.

könne allerdings für das Recht des Kaufes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche abgeleitet werden, daß eine nach der Natur des einzelnen Geschäfts gebotene oder verkehrsübliche oder besonders vereinbarte Mitwirkung des Käufers zur Ermöglichung einer Ablieferung der Ware neben der Verpflichtung zur Abnahme, aber nicht als Teil derselben eine klagbare Verpflichtung zur Vornahme auch jener Mitwirkung begründen könne.“ Diese Ausführungen des Reichsgerichts, die es aus seiner Auffassung der Abnahme folgerichtig entwickelt, sind durchaus zu billigen. Freilich steht die Spezifikation (und der Abruf) zu der Abnahme in einem „kausal-temporalen Verhältnisse“ [1]), da diese nicht erfolgen kann, wenn nicht jene vorgenommen wird. Aber trotzdem bleibt die durchaus selbständige Natur der Spezifikation bestehen: Spezifikationsverzug ist nicht eine Form und Unterart des Abnahmeverzuges, sondern eine eigengeartete Verzugsform, [2]) die allerdings mit der Form des Abnahmeverzuges eine große Ähnlichkeit besitzt. [3])

---

[1]) Bretzfelder, S. 44.

[2]) Planck, S. 335; Staub, S. 1459, 1554; Bechmann III, S. 160; Haenisch, S. 40.

[3]) Wegen der zwischen beiden bestehenden nahen Verwandtschaft wird noch auf den Spezifikationsverzug näher einzugehen sein.

2. Hauptteil.

Die Anwendbarkeit des § 326 B.G.B. beim Abnahmeverzuge des Käufers.

§ 7. Die Abnahmepflicht als schuldnerische Leistung.

Ist nun die Abnahme eine dem Käufer obliegende schuldnerische Leistung? Nur wenn diese Frage bejaht ist, kann die Anwendbarkeit des § 326 überhaupt in Betracht kommen, dessen Grundvoraussetzungen sind: ein gegenseitiger Vertrag (diese Voraussetzung ist erfüllt) und der Verzug mit der dem Schuldner obliegenden Leistung. Eine andere Frage ist es dann freilich noch, ob die Abnahme eine Leistung im besonderen Sinne des § 326 ist, mit andern Worten, ob der § 326 innerhalb des Begriffes „Leistung" verschiedene Abstufungen und Unterabteilungen bildet, von denen er nur einzelne seinen Sätzen unterwerfen will.

Wenn das Gesetz in § 433 Abs. 2 bestimmt: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer . . . . die gekaufte Sache abzunehmen", so hat es damit, so klar und deutlich, als es überhaupt nur konnte, zu erkennen gegeben, daß die Abnahme eine dem Käufer als Schuldner obliegende Leistung sei, eine wirkliche Schuldnerpflicht, deren Erfüllung nötigenfalls zwangsweise durchgesetzt werden kann: wie der Verkäufer berechtigt ist, von dem Käufer die Abnahme zu verlangen und insoweit als Gläubiger des Käufers erscheint, so ist der Käufer auf Grund der gesetzlichen Vorschrift verpflichtet, die Abnahme vorzunehmen und erscheint insoweit als Schuldner des Verkäufers, welcher kraft des Schuldverhältnisses von ihm eine Leistung (d. i. die Abnahme) zu fordern berechtigt ist. Die Abnahme ist eine wirkliche Pflicht, d. h. eine erzwingbare Verpflichtung, und damit eine schuldnerische Leistung.

Man hat freilich der Abnahmepflicht diesen rechtlichen Charakter abgesprochen. Namentlich Kohler[1]) will nicht gelten lassen, daß der Käufer hinsichtlich der Abnahme Schuldner des Verkäufers ist. Er meint, es liege im Wesen der Obligation begründet, daß der Gläubiger nur berechtigt, nicht verpflichtet, der Schuldner nur verpflichtet, nicht berechtigt sei. „Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, die Leistung anzunehmen, es ist die Annahme ein Recht, und nur ein Recht, keine Pflicht; sie steht auf gleicher Stufe wie jede anderwärtige Benutzung eines Vermögensgutes. Ich darf meinen Schuldner, der mir bezahlen will, abweisen, ebensogut, wie ich mein Geld auf die Straße unter das Publikum werfen kann. Ich bin nicht verpflichtet, in meine Mietwohnung einzuziehen, wenn ich auch einen Mietvertrag auf 9 Jahre abgeschlossen habe, ebensowenig als ich verpflichtet bin, mein eigenes Haus zu bewohnen . . . . Den Gläubiger zur Annahme zwingen, hieße, ihm einen Vormund setzen zum Wächter seines Interesses, zur Benutzung seiner Vermögenskräfte, zur Ausbeutung der ihm zustehenden Rechtsgüter!“ Das Prinzip, das hier Kohler ausspricht, ist vollkommen richtig. Sagt doch auch B.G.B. § 241: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern . . . .“ Aber auch nur das Prinzig ist richtig! Warum sollte sich nicht der Nutzungsberechtigte dem Verpflichteten gegenüber seinerseits verpflichten können, von dem Nutzungsrechte auch wirklich Gebrauch zu machen? Dies kann sehr wohl im Interesse des Verpflichteten liegen. Auch Kohler selbst gibt die Möglichkeit derartiger Geschäfte an anderer Stelle[2]) zu. Der Mieter eines Pferdes kann sich verpflichten, es einzureiten. Der Eigentümer eines Restaurants überläßt dieses einem tüchtigen Ökonomen, der Eigentümer eines geringen Ertrag liefernden Grundstückes einem tüchtigen Pächter, beides zu sehr geringem Preise, in der Absicht,

[1]) Kohler in Iherings Jahrb. f. Dogmatik XVII, S. 267.
[2]) Kohler im Arch. f. bürgerl. Recht XIII, S. 181.

daß der Ökonom das Restaurant in Aufnahme bringe, der Pächter dem Grundstücke über die ersten Jahre hinweghelfe. Hier ist Recht und Pflicht in derselben Person verbunden. Soweit der Gläubiger dann verpflichtet ist, ist er nicht Gläubiger, sondern Schuldner, und somit ist auch das von Kohler aufgestellte Prinzip durchaus folgerecht beibehalten. Es kann keine Rede davon sein, daß in derartigen Fällen Recht und Pflicht konfundieren,[1]) daß das Forderungsrecht aufgehoben, objektiv zerstört wird. Daß eine derartige vertragliche Beredung möglich sei, gibt Kohler zu. Warum sollte nicht das Gesetz aus praktischen Gründen dasselbe tun und den Gläubiger im Interesse des Schuldners zu gewissen Handlungen nötigen können! Und noch mehr: der Käufer wird in § 433 Abs. 2 nicht einmal zur Ausübung seines Gläubigerrechtes gezwungen (dies wäre de lege ferenda auch denkbar!), er wird nicht genötigt, den Gegenstand seines Rechtes in seine Vermögenssphäre einzuführen, sondern es wird ihm nur geboten, den Verkäufer von der Aufbewahrungspflicht zu befreien. Da das Gesetz dem Käufer eine solche Pflicht auferlegt, ist er insoweit Schuldner des Verkäufers. Darum ist die Abnahmepflicht des Käufers eine richtige Schuldnerpflicht. Dem verschließt sich Kohler und kommt infolgedessen zu einer ganz eigenartigen Auffassung:[2]) der § 433 Abs. 2 habe nicht die Bedeutung, dem Gläubiger das Recht zu nehmen, auf seinen Anspruch zu verzichten, er wolle den Käufer nicht zur Annahme zwingen und gebe darum nicht eine Klage auf Empfangnahme (d. i. eine Leistungsklage); er biete nur dem Verkäufer die Möglichkeit, eine Klage auf Feststellung anzustrengen, dahingehend, daß er, Schuldner, befreit sei, wenn er mit dem Kaufobjekte in bestimmter Weise verfahren habe oder verfahren werde. Das Recht auf Abnahme sei, mit einem Worte, gleich dem Rechte zu verlangen, daß der Gläubiger das Gut als ab-

[1]) Hohenstein in Kohlers Arch. f. bürgerl. Recht XXV. S. 70
[2]) Kohlers Arch. f. bürgerl. Recht XIII, S. 241.

genommen erklärt, oder daß er sich so behandeln läßt, als habe er das Gut abgenommen. Von der gewöhnlichen Feststellungsklage (Z.P.O. § 256) unterscheide sie sich nur dadurch, daß es in solchen Fällen eines besonderen Nachweises des Feststellungsinteresses nicht bedürfe, indem bereits gesetzlich das Vorhandensein des Feststellungsinteresses anerkannt sei. Daß Kohler somit, weil er der Abnahme überhaupt den Charakter einer „Leistung" abspricht, zu einer uneingeschränkten Verneinung der Anwendbarkeit des § 326 kommen muß, weil es an dessen wichtigster Grundvoraussetzung mangelt, liegt auf der Hand.

Auf dem nämlichen Standpunkte wie Kohler steht im wesentlichen Romeick.[1]) Auch er geht davon aus, daß die in § 433 Abs. 2 statuierte Abnahme überhaupt keine Schuldnerverpflichtung des Käufers sei, daß sie sich nicht als Schuldnerleistung auffassen lasse. Sicher sei nicht schon alles, wozu ein Teil kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet sei, eine Leistung im Sinne des Gesetzes. Als Beispiel für die Richtigkeit seiner Behauptung bringt er die Bestimmung des § 294: die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden; „der Schuldner ist zum richtigen Angebot verpflichtet: ist darum das Angebot für sich bereits eine Leistung?" Allerdings nicht! Aber der Grund liegt nicht, wie Romeick glaubt, darin, daß hier eine Verpflichtung des Schuldners vorliegt, die nicht zur Leistung gestempelt werden darf. Er ist vielmehr darin zu suchen, daß hier gar keine Verpflichtung im eigentlichen Sinne des Wortes gegeben ist, keine erzwingbare Pflicht des Schuldners, sondern nur eine uneigentliche Pflicht: zum Anbieten ist er nicht verpflichtet, sondern nur zum Leisten. Freilich muß er anbieten, um den Gläubiger in Annahmeverzug zu setzen; das Angebot ist die notwendige Voraussetzung des Gläubigerverzuges; aber er muß nur anbieten, wenn er diesen Erfolg herbeiführen will; es besteht nur ein mittelbarer Zwang für ihn,

[1]) Romeick, S. 69.

will anders er sich der Vorteile vergewissern, die ihm der Annahmeverzug seines Gläubigers gewährt. Eine wirkliche Verpflichtung liegt hier überhaupt nicht vor, und aus diesem Grunde ist das Angebot auch keine Leistung. Nur in diesem Sinne ist es richtig, wenn Romeick sagt: „Das Angebot ist nur eine die Leistung bezweckende Ausführungshandlung, beim Kauf eine Handlung behufs Ausführung der Übergabe." Und falsch ist es, wenn er fortfährt: „Die Abnahme ist nur eine die Annahme betätigende Ausführungshandlung, eine Handlung, durch welche der Käufer seine Gläubigerverpflichtung, die Annahme, erfüllt;[1]) wie das Angebot an sich nicht zu einer Leistung des Schuldners gestempelt werden darf, so darf auch die Abnahme nicht aus dem notwendigen Zusammenhange mit der Gläubigerpflicht der Annahme herausgerissen und zu einer selbständigen Schuldnerverpflichtung, einer Leistung, umgeprägt werden." Es ist gezeigt worden, daß das Angebot tatsächlich keine Leistung ist und daher auch „nicht zu einer Leistung gestempelt" zu werden braucht; es ist ebenso gezeigt worden, daß der „notwendige Zusammenhang", von dem Romeick spricht, in Wirklichkeit nicht besteht, daß die Abnahme der Annahme durchaus selbständig gegenüber steht und nicht als ein Teil von ihr, eine Vorbereitungs- oder schon Ausführungshandlung der Annahme als dem gläubigerischen Hauptakt aufzufassen ist. Das will Romeick nicht gelten lassen. Sagt er doch: „Abnahme, tatsächliche Wegnahme der Ware durch den Käufer, für sich allein wird der Verkäufer regelmäßig nie wollen, er wird sie regelmäßig nur wollen als Betätigung und Bestätigung der Annahme." Keinem Verkäufer könne es einfallen, die Ware lieber beliebigen Maßnahmen des die Annahme verweigernden Käufers preiszugeben, als sie in der eigenen Hand zu behalten. Daß diese Erwägungen unrichtig sind,

[1]) Auch hier braucht Romeick den Ausdruck „Verpflichtung" wieder, um anzudeuten: er muß annehmen, damit ihn nicht die Folgen des Annahmeverzuges treffen.

dürften die obigen Ausführungen über das Interesse des Verkäufers an der räumlichen Fortschaffung ergeben. So glaubt auch Romeick, daß die Klage auf Abnahme nicht bezwecke, den Beklagten zur physischen Wegnahme zu verurteilen, sondern nur gerichtliche Feststellung, daß das Angebot völlig in Ordnung sei: die Abnahme ist keine Leistung, § 326 infolgedessen beim Abnahmeverzuge nie anwendbar.

Nebst Kohler und Romeick will noch Lippmann[1]) die Abnahme überhaupt nicht als „Leistung" gelten lassen und muß deshalb gleichfalls die Anwendbarkeit des § 326 beim Abnahmeverzuge des Käufers von vornherein ausschließen. Die Gründe, die ihn zu seiner Ansicht bestimmen, unterscheiden sich jedoch von denen Kohlers und Romeicks, sodaß auf seine Ausführungen gleichfalls eingegangen werden muß. „Nicht jede einzelne Tätigkeit", so meint er, „zu der eine Person verpflichtet ist, ist eine Leistung im technischen Sinne. Leistung ist nur diejenige Tätigkeit des Schuldners, durch die er seine Schuldnerpflicht erfüllt und damit das Schuldverhältnis zur Erledigung bringt.[2]) Beim Kaufe bringt der Käufer aber lediglich durch Realisierung seiner Zahlungsverbindlichkeit das Schuldverhältnis zum Erlöschen." Nun darf man diese Sätze freilich nicht, wie es Hohenstein[3]) fälschlich tut, in dem engen Sinne verstehen, daß Leistung nur diejenige Tätigkeit des Schuldners ist, durch die er seine Schuldnerpflicht in ihrer Totalität erfüllt und dadurch das ganze Schuldverhältnis zur Erledigung bringt. Wollte man diese Auffassung Lippmann unterlegen, so müßte ihm der Begriff der Teilleistung, handle es sich nun um eine Quote bei einer homogenen Leistung oder um einen Obligationszweig bei einer Gesamt-

[1]) Lippmann, S. 800 ff.

[2]) in Gruchots Beitr. XLVIII, S. 702 ff.

[3]) Er weist dann noch auf die Überschrift des 1. Titels des 1. Abschnitts des zweiten Buches des B.G.B. hin, „Verpflichtung zur Leistung", wodurch das Gesetz anerkenne, daß nicht jede beliebige Verpflichtung Leistungsverpflichtung sei.

leistung mit heterogenen Leistungsteilen,[1]) überhaupt fremd sein: denn erfüllt der Schuldner nur einen Teil der ihm obliegenden Verbindlichkeit, dann erfüllt er natürlich nicht die ganze Verbindlichkeit und brächte aus diesem Grunde das Schuldverhältnis überhaupt nicht, auch nicht zu einem gewissen Teile, zur Erledigung. Aber diese Anschauung liegt Lippmann selbstverständlich fern: auch er will den Begriff der Teilleistung anerkennen und will diejenige Tätigkeit des Schuldners sehr wohl als Leistung oder richtiger Teilleistung gelten lassen, durch die er einen Teil seiner Schuldnerpflicht erfüllt, wenn auch noch eine weitere Tätigkeit, eine weitere Teilleistung hinzukommen muß, um das gesamte Schuldverhältnis erlöschen zu lassen. Aber Lippmann sieht in der Abnahme überhaupt keine Tätigkeit des Schuldners (des Käufers), durch die er seine Verbindlichkeit auch nur zum Teil erfüllt. Sagt er doch: „Beim Kaufe bringt der Käufer lediglich durch Realisierung seiner Zahlungsverbindlichkeit das Schuldverhältnis zum Erlöschen.“ Die Abnahme ist seiner Ansicht nach für die Erfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtung gänzlich belanglos, und deshalb ist die Abnahme keine Leistung oder auch nur Teilleistung. Aber auch wenn man Lippmann in diesem Sinne versteht, ist doch seine Ansicht unrichtig. Denn wenn das Gesetz im § 433 Abs. 2 besagt, der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen, dann liegt eine Gesamtverbindlichkeit mit zwei heterogenen Leistungsteilen vor, deren jede zur Erfüllung der ganzen Verbindlichkeit erforderlich ist, die beide erfüllt werden müssen, damit der Käufer das Schuldverhältnis, soweit er als Schuldner erscheint, zum Erlöschen bringen kann. Eine wirkliche Teilleistung liegt vor, wenn der Käufer abnimmt und nicht zahlt (nicht eine völlige Nichterfüllung), eine wirkliche Teilleistung ebenso auch dann, wenn der Käufer

[1]) Auf das Verhältnis zwischen homogenen und heterogenen Leistungsgebilden wird noch unten einzugehen sein.

zahlt, aber nicht abnimmt (nicht eine völlige Erfüllung). Darum ist auch die Abnahmepflicht eine wirkliche Leistung, weil auch ihr genügt werden muß, damit das Schuldverhältnis endgültig erledigt, d. h. hier seiner bestimmungsgemässen Erfüllung entgegengeführt wird.[1]) Da so Lippmann der Abnahme den Charakter einer Leistung schlechthin abspricht, kommt auch er, wie Kohler und Romeick, von vornherein zu einer uneingeschränkten Verneinung der Anwendbarkeit des § 326. Allerdings scheint er selbst der Richtigkeit seiner Ansicht nicht ganz gewiß zu sein; denn er erörtert, „auch wenn wirklich die Abnahmepflicht des Käufers als eine Leistung aufgefaßt werden müsse", nun noch unter anderen Gesichtspunkten die Nichtanwendbarkeit des § 326, die er noch aus anderen Gründen herleitet.[2])

Auch die Ausführungen Jacobis[3]) erwecken anfänglich den Anschein, als wolle er die Abnahme nicht als eine dem Käufer als Schuldner obliegende Pflicht, als eine schuldnerische Leistung auffassen. Er meint: „diese Abnahmepflicht des Gläubigers (Käufers) kann nicht eine solche sein, daß der Hauptschuldner (Verkäufer) ein selbstständiges Recht auf Abnahme hat, sondern nur eine solche, daß der Verkäufer die Erfüllung der Abnahmepflicht zur Erleichterung, gewissermaßen als Minus seiner Schuldnerpflichten und zur Ergänzung der ihm durch das Gesetz gegebenen Rechte bei Annahmeverzug des Käufers fordern kann." Bezeichnet doch Jacobi auch be-

---

[1]) Im Gegensatze zu Rücktritt, Unmöglichkeit und anderen außergewöhnlichen Erlöschungsgründen; daß Lippmann mit Erledigung des Schuldverhältnisses die reguläre Art derselben meint, übersieht Hohenstein gleichfalls, wenn er S. 713 sagt: „Das Schuldverhältnis kann im einzelnen Falle auch ohne Herbeiführung des Obligationszwecks erledigt werden, z. B. bei der nachträglichen nicht zu vertretenden Unmöglichkeit des Schuldners".

[2]) Doch gehören jene Bedenken nicht in diesen Zusammenhang.

[3]) Jacobi, S. 277 ff.

züglich der Abnahme den Verkäufer als Schuldner, den Käufer als Gläubiger, und führt er doch aus, daß die Abnahmepflicht nur eine Erweiterung der dem Schuldner (Verkäufer) aus dem Annahmeverzuge des Gläubigers (Käufers) zustehenden Rechte darstellt! Die Abnahmepflicht des Käufers sei kein selbständiges Recht vom Standpunkte des Verkäufers, dem eine selbständige Pflicht auf Seiten des Käufers entspräche. Nichtsdestoweniger sieht doch auch Jacobi, wie sich namentlich auch aus seinen späteren Ausführungen ergibt, in der Abnahmepflicht eine wirkliche schuldnerische Leistung, sodaß er den Standpunkt der oben erwähnten Schriftsteller, Kohler, Romeick und Lippmann, nicht teilt. Der Ton liegt nämlich in dem oben angeführten Satze nicht auf dem Worte „Recht", sondern auf dem vorstehenden Worte „selbständig", was übrigens auch durch den gesperrten Druck dieses Wortes äußerlich angedeutet ist. Jacobi will damit besagen, daß dieses Recht des Verkäufers auf Abnahme, dem eine Verpflichtung des Käufers entspricht, nur ein subsidiär-eventuelles ist und daß ihm insofern die Selbständigkeit fehlt. Dieses Recht auf körperliches Fortnehmen sei nämlich nur ein äußerstes, allerletztes Mittel, das dem Verkäufer an die Hand gegeben werde, es setze aus, wenn der Verkäufer auf andere bequemere Weise sich des Kaufobjekts entledigen könne, wenn er z. B. den Löwen, den er dem Käufer liefern solle, auf dessen Kosten töten und verscharren lasse. Er glaubt, in § 433 Abs. 2 einen Rechtssatz erblicken zu dürfen, der zwar im äußersten Notfalle dahin führt, daß der Käufer dem Verkäufer die Kaufsache vom Halse schaffen müsse, aber nur im alleräußersten Notfalle, weil nur dann die Billigkeit eine so weitgehende Maßnahme im Interesse des Verkäufers erheische. Doch liegt kein Grund vor, der berechtigte, den § 433 Abs. 2 in diesem beschränkenden Sinne auszulegen. Einem gänzlich unberechtigten Verlangen des Verkäufers wird immer noch mit B.G.B. § 226 begegnet werden können: klagt der Verkäufer nur aus Schikane, dann wird seine Klage aus

diesem Grunde abgewiesen werden müssen.[1]) Jedenfalls aber sieht Jacobi, sofern er im konkreten Falle wirklich eine Abnahmepflicht anerkennt, in ihr eine dem Käufer obliegende Schuldnerleistung; auch er kommt freilich zu einer uneingeschränkten Verneinung der Anwendbarkeit des § 326; die Gründe, die ihn zu dieser Ansicht bestimmen, sind aber anderer Art und gehören nicht in diesen Zusammenhang; es wird noch weiter unten auf sie einzugehen sein.

§ 8. § 326 B.G.B. nur anwendbar beim Verzuge mit der Hauptleistung bezw. einem Teile der Hauptleistung.

Mit Ausnahme von Kohler, Romeick und Lippmann wird durchgehends anerkannt, daß die Abnahme eine Leistung sei. Eine andere Frage ist es nun freilich noch, ob sie eine Leistung im besonderen Sinne des § 326 ist.

Um diese Frage beantworten zu können, ist es zunächst erforderlich, zu prüfen, ob der § 326 überhaupt prinzipiell innerhalb des Oberbegriffes „Leistung" verschiedene Abstufungen macht, sei es nach der quantitativen, sei es nach der qualitativen Seite hin, und die durch ihn gewährten Rechte nicht beim Verzuge mit jeder beliebigen Leistung, sondern nur beim Verzuge mit bestimmten Leistungen dem Gläubiger eröffnet. Nur wenn dem § 326 dieses beschränkte Anwendungsgebiet zukommt, und die in ihm gewährten Rechte nicht schlechthin beim Verzuge mit jeder beliebigen Leistung Platz greifen, nur dann muß noch besonders untersucht werden, ob die Abnahme zu jener bestimmten Kategorie von Leistungen gehört, die § 326 umfassen will.

Es wäre eine ungerechtfertigte Beschränkung, so hebt das Reichsgericht[2]) mit Recht hervor und befindet sich hierbei in Übereinstimmung mit der gesamten Literatur,

---

[1]) Ebenso Planck, S. 334; Rosenberg, S. 251; Rosenthal, S. 19; F. Goldmann, S. 34; Rauert, S. 61; Schütze, S. 42.

[2]) E.R.G. LIII, S. 163.

im ersten Satz des ersten Absatzes des § 326 die Worte: „Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so . . . .“, dahin auszulegen, als müsse Verzug mit der gesamten Leistung in ihrem ganzen Umfange vorliegen: Gesamtverzug. Eine derartig enge Auslegung würde den Gläubiger, der bereits eine Teilleistung erhalten hat — mag der Schuldner zu Teilleistungen auf Grund des Vertrages von vornherein berechtigt gewesen sein, mag der Gläubiger auf die Geltendmachung seines Zurückweisungsrechts aus B.G.B. § 266 verzichtet haben —, in empfindlichster und unbilligster Weise beeinträchtigen, da ihm in diesem Falle die durch § 326 gewährten Rechte völlig verschlossen wären und ihm die Möglichkeit genommen wäre, von dem für ihn lästigen oder interesselosen Vertrage auch nur bezüglich des vielleicht noch sehr bedeutsamen Restes loszukommen. Vielmehr wird der Satz 1 entsprechend dahin ausgelegt werden müssen, wenn der Schuldner einen Teil der Leistung bewirkt hat, hinsichtlich eines Teiles aber im Verzuge ist (Teilverzug), daß dann der Gläubiger ihm eine angemessene Frist mit dem Bemerken bestimmen darf, daß er nach fruchtlosem Ablaufe der Frist die Annahme der Restleistung ablehne; ist dann die Restleistung während der Frist nicht erfolgt, so macht der Gläubiger die ihm durch § 326 Abs. 1 Satz 2 gewährten Rechte in bezug auf den Vertragsteil geltend, welcher dem nicht bewirkten Teile der Leistung entspricht.[1])

Die im Falle des Teilverzugs nach Satz 2 des ersten Absatzes dem Gläubiger zustehenden Rechte sind jedoch oft keineswegs ausreichend, um seinem Interesse genügend gerecht zu werden. Vielleicht ist ihm nichts daran gelegen, bezüglich des Vertragsteils, welcher der nichtbewirkten Schuldnerleistung entspricht, zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, hinsichtlich des

[1]) Ebenso v. Staudinger-Kuhlenbeck, S. 207; Makower, S. 1170, 1206; Paech, S. 168.

anderen Vertragsteils aber an dem Vertrage festhalten zu müssen: denn es ist möglich, daß diese beiden Vertragsteile wirtschaftlich derartig zusammenhängen, daß nur der ganze Vertrag für den Gläubiger ein Interesse hat, die teilweise Vertragserfüllung dagegen für ihn interesselos ist. In solchen Fällen wird ihm durch Satz 3 des ersten Absatzes die Möglichkeit eröffnet, trotzdem Verzug nur in bezug auf einen Teil der Leistung vorliegt, dennoch die Rechte aus § 326 auf den ganzen Vertrag auszudehnen, mit andern Worten: trotz bloßen Teilverzuges ausnahmsweise die Gesamtverzugsfolgen geltend zu machen. Der dritte Satz des ersten Absatzes enthält nur eine Steigerung der bereits nach dem zweiten Satze dem Gläubiger zustehenden Rechte: er erscheint gegenüber dem zweiten Satze als lex specialis. Sind mithin die beiden ersten Sätze unanwendbar, so ergibt sich daraus ohne weiteres, daß auch der dritte Satz des ersten Absatzes keine Anwendung finden kann, dessen Grundvoraussetzungen dieselben wie in den beiden ersten Sätzen sind, nur daß noch eine weitere Voraussetzung hinzukommt.

Auch der Absatz 2 steht seinerseits zu den drei Sätzen des ersten Absatzes im Verhältnis der lex specialis, indem dem Gläubiger die durch Absatz 1 gewährten Rechte für den besonderen Fall, daß infolge des Verzuges die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, zustehen, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf.

Bereits an dieser Stelle ist auf das Verhältnis des dritten Satzes zu den beiden ersten Sätzen des Absatz 1 und auf das Verhältnis des zweiten Absatzes zum ersten Absatze hingewiesen worden, weil damit eine Vereinfachung der Untersuchung erzielt wird: im folgenden braucht nur noch die Anwendbarkeit der beiden ersten Sätze des Absatz 1 geprüft zu werden; damit ist über die Anwendbarkeit der weiteren Bestimmungen des § 326 von selbst das Urteil gesprochen.[1])

[1]) Vergl. hierzu freilich die Ansicht Plancks (S. 157, 335).

Nun liegt aber Teilverzug mit den sich an ihn anknüpfenden Teil- bezw. Gesamtverzugsfolgen nicht nur dann vor, wenn der Schuldner mit einer Quote einer homogenen, d. h. in ihren einzelnen Teilen gleichartigen Leistung im Verzuge ist, sondern auch dann, wenn sich das Leistungsgebilde aus heterogenen, d. h. untereinander ungleichartigen Leistungsteilen, aus verschiedenen Obligationszweigen zusammensetzt (wobei freilich zunächst noch vorausgesetzt werden soll, daß die einzelnen Obligationszweige einander wenigstens gleichwertig sind), und nur Verzug bezüglich eines solchen Obligationszweiges (oder gar nur einer Quote eines solchen Obligationszweiges) vorliegt. Dies will freilich Staub nicht gelten lassen.[1]) Er meint, daß die Regeln über Teilverzug nur Platz greifen, wenn der Schuldner mit einem Bruchteil einer homogenen Leistung im Verzuge ist, wenn er eine Verpflichtung „nicht quantitativ in vollem Maße, sondern nur zum Teil erfüllt". Die Meinung Staubs ist nicht zu halten. Sie würde zu genau den nämlichen Unbilligkeiten und Härten gegen den Gläubiger führen, die sich ergäben, wenn man ihm beim Verzuge mit einer Quote einer homogenen Leistung die Rechte aus § 326 versagen wollte: hätte der Schuldner eine seiner verschiedenen Verpflichtungen bewirkt, so könnte der Gläubiger bezüglich der anderen nicht die Rechte aus dem Partialverzug geltend machen, sondern wäre auf einen Anspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung beschränkt (§ 286). Hätte z. B. der Verkäufer sich zur Einigung bereit gefunden, aber nicht übergeben, oder umgekehrt zwar übergeben, aber sich nicht zur Einigung bereit erklärt, so könnte der Käufer

[1]) Staub macht diese seine Ausführungen zwar im Anschluß daran, daß er die Abnahme für eine Nebenleistung erklärt; er stellt aber seine Sätze über die Nichtanwendbarkeit des § 326 ganz allgemein für den Fall auf, daß sich die Schuldnerleistung aus mehreren heterogenen Bestandteilen zusammensetzt, ohne irgend zu unterscheiden, ob es sich um Haupt- oder Nebenleistungen handelt. Allerdings führt Staub seine Ansicht keineswegs konsequent durch (vergl. unten S. 47).

auch bezüglich des nicht erfüllten Teiles, der dem anderen Vertragsteile durchaus gleichwertig ist, nicht zurücktreten bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, geschweige denn, daß er seine Rechte auf den ganzen Vertrag gemäß § 326 Abs. 1 Satz 3 ausdehnen könnte. Und gerade der Satz 3 wird eine besonders große Rolle dann spielen, wenn die Leistung des säumigen Vertragsteils sich aus heterogenen Bestandteilen zusammensetzt. Denn diese werden in den weitaus meisten Fällen in einer so innigen Wechselbeziehung erscheinen, sie werden sich meist so gegenseitig ergänzen, daß sie nur in ihrer Summe einen Wert für den Berechtigten haben. Was soll dem, welcher das Eigentum an einer beweglichen Sache erwerben will, die bloße Übergabe, wenn sich der andere Teil nicht zur Einigung bereit findet! Was soll ihm die Einigung, wenn der andere Teil seiner Übergabepflicht nicht nachkommt! Ist der säumige Teil mit einer dieser heterogenen Leistungsteile im Verzuge und eine vom anderen Teile bestimmte angemessene Frist fruchtlos abgelaufen, dann wird der Nichtsäumige nicht von dem der nichtbewirkten Leistung entsprechenden Teile des Vertrags zurücktreten, bezw. insoweit Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, sondern er wird seine Rechte auf den ganzen Vertrag erstrecken. Denn er zahlt nicht einen Teil des Preises dafür, daß der Verkäufer übergibt, einen Teil des Preises dafür, daß sich der Verkäufer zur Einigung bereit erklärt: er zahlt den ganzen Kaufpreis dafür, daß sein Kontrahent übergibt und sich zur Einigung bereit findet. Die heterogenen Leistungsteile auf seiten jedes der Vertragschließenden können in der Regel nicht auseinandergerissen werden, ohne daß beide wertlos werden: nur zusammen haben sie einen ökonomischen Wert. So verhütet der dritte Satz des § 326 Abs. 1 bei einem Leistungsgebilde mit heterogenen Leistungsteilen nicht nur — wie bei einer homogenen Leistung — ein Auseinanderreißen in Quoten, es kommt ihm noch außerdem die Bedeutung zu, ein Auseinanderreißen der einzelnen Obligationszweige zu verhüten.

Die Ansicht Staubs, die schlechthin die Anwendbarkeit des § 326 bei Teilverzug ausschließen will, wenn es sich um eine heterogene Leistung handelt, ist unrichtig. Ja, Staub hat auch selbst seine Ansicht nicht folgerichtig durchgeführt. Eine Unklarheit zeigt sich schon darin, daß er auf S. 1543 davon spricht, die Regeln über Teilverzug griffen z. B. dann Platz, wenn der Verkäufer nicht die ganze Ware liefert. Aber auch das Liefern ist nicht eine einheitliche Verpflichtung, sondern setzt sich, wie oben ausgeführt, aus zwei heterogenen Verpflichtungen zusammen, der zur Übergabe — und der zur Abgabe der Einigungserklärung.[1]) Und doch wird wohl auch Staub kaum bestreiten wollen, daß Teilverzug vorliegt, wenn der Verkäufer nur die Übergabe oder nur die Einigungserklärung bewirkt. Daß Staub in der Tat bisweilen auch beim Verzuge mit einem Obligationszweig einer heterogenen Leistung Teilverzug anerkennt, zeigt er auf S. 1545: er führt aus, daß die Abnahme grundsätzlich nur Nebenverpflichtung sei (hierüber vgl. unten S. 47), daß sie aber ausnahmsweise als Teil der Hauptleistung anzusehen sei, so daß dann §§ 326, 325 Platz griffen. Selbst wenn aber Staub die Abnahme im einzelnen Falle als Hauptleistung oder richtiger als Teil der Hauptleistung auffaßt, bleibt sie doch jedenfalls in ihrer qualitativen Artung (wenn auch nicht Wertung) von dem übrigen Teil der Hauptleistung (der Zahlung) verschieden, so daß auch in diesem Falle nach der von Staub S. 1543 entwickelten Theorie über Teilverzug § 326 nicht Platz greifen könnte.

Die Ansicht Staubs, die Teilverzug nur beim Verzuge mit einer Quote einer homogenen Leistung annehmen will und nicht auch beim Verzuge mit einem Obligationszweige eines heterogenen Leistungsgebildes, hat weder in der Theorie noch in der Praxis Anklang gefunden. Eine andere Frage ist es freilich, ob die Sätze des § 326 über Partial-

[1]) Dies übersieht Schütze, S. 35, der unter Lieferung nur die Übergabe verstehen will.

verzug nur dann Platz greifen, wenn es sich um eine wirklich vollwertige Hauptleistung handelt,[1]) oder ob sie auch Anwendung finden, wenn die eine Leistung nur als Nebenleistung erscheint. Ganz überwiegend wird die zweite Alternative verneint: § 326 ist nur beim Verzuge mit der Hauptleistung bezw. einem Teil der Hauptleistung anzuwenden.

Eine Begriffsbestimmung der „Hauptleistung" und „Nebenleistung" enthält das Gesetz nicht. Man wird unter Nebenverbindlichkeiten solche zu verstehen haben, „welche die Gegenleistung nicht wesentlich beeinflussen und für den Inhalt des gegenseitigen Vertrages nicht von ausschlaggebender Bedeutung sind",[2]) weil ihnen ein selbständiger ökonomischer Wert nur in sehr beschränktem Umfange zukommt. Sie sind nicht das Äquivalent oder auch nur ein Teil desselben für die von dem anderen Teile zu bewirkende Gegenleistung, es fehlt ihnen der wirtschaftliche Eigenwert; sie kommen nur ergänzend zu der Hauptleistung hinzu, die in ihrer engen Verknüpfung mit der entsprechenden Hauptleistung des anderen Vertragsteiles das Wesen des gegenseitigen Vertrages ausmacht. Wie das Zubehör als Nebensache dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt ist, so soll auch die Nebenleistung nur der Hauptleistung dienend zur Seite stehen. Sie ermangelt zwar nicht jeder Bedeutung, aber ihr fehlt die freie Selbständigkeit. Und weil ihr diese fehlt, genießt sie auch nicht die weitgehenden Rechte, die mit der Hauptleistung verknüpft sind. So wird es billig sein, die besonderen Vorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch bei gegenseitigen Verträgen gibt, nicht auf alle Verbindlichkeiten anzuwenden, die aus denselben hervorgehen. Neben den typischen und hauptsächlichsten gehen aus gegenseitigen Verträgen auch solche hervor, die weder zueinander noch zu den Hauptpflichten des Vertrags im Verhältnis der

[1]) Von dieser Voraussetzung war bisher ausgegangen worden.
[2]) Düringer-Hachenburg, S. 16.

Gegenseitigkeit stehen.[1]) Allerdings darf man nicht übersehen, daß das Gesetz ausdrücklich an keiner Stelle des zweiten Titels „gegenseitiger Vertrag“ diese verschiedenartige Behandlung von Haupt- und Nebenleistungen andeutet.[2]) Aber nichtsdestoweniger dürfte doch die herrschende Ansicht zu billigen sein. Die bei einem gegenseitigen Vertrage dem Gläubiger zur Seite stehenden Rechte sind ihrem ganzen Wesen nach so geartet, daß es als zu weitgehend erscheinen müßte, bei irgendwelchen untergeordneten nebensächlichen Leistungen dem Gläubiger dieselben zur Verfügung zu stellen. Aus diesem Gesichtspunkte heraus darf auch die besondere Auslegung des § 326 berechtigt erscheinen, daß das Gesetz nicht beim Verzuge mit irgend einer beliebigen Leistung, sondern nur der Leistung, der Hauptleistung, dem Gläubiger die daselbst festgesetzten Rechte einräumt.[3]) Es ist der Grundsatz von Treu und Glauben, die Rücksichtnahme auf die Verkehrssitte, die eine solche Behandlung wünschenswert macht und rechtfertigt. Wenn wir heute, im Gegensatze zu der ursprünglichen Regelung des Abhängigkeitsverhältnisses der Verkäufer- und der Käuferleistung — und überhaupt der Leistungen aus gegenseitigen Verträgen — im römischen Rechte,[4]) nicht nur die gegenseitige Bedingtheit in Ansehung der Entstehung des Schuldverhältnisses gesetzlich

---

[1]) v. Staudinger-Kuhlenbeck, S. 181.

[2]) Düringer-Hachenburg, S. 16.

[3]) Das Reichsgericht (E.R.G. LIII, S. 164) weist noch besonders auf den Wortlaut hin: Verzug mit der Leistung.

[4]) Bechmann I, S. 561, 562: „Gegenüber der falschen Ansicht, als sei die funktionelle Konnexität beider Forderungen dem Wesen des Kaufes eigen, sind wir davon ausgegangen, daß die Konnexität lediglich eine genetische ist: daß die beiden Forderungen zwar nur gegenseitig entstehen können, dann aber ursprünglich jede ihren eigenen Weg geht“. Erst später hat sich, „teils und vorzugsweise aus der den Kauf beherrschenden bona fides (Bechmann III, S. 3)“ auch das funktionelle Synallagma im römischen Rechte herausgebildet. Vgl. hierüber Bechmann, S. 568 ff.: Die Entwickelung des funktionellen Synallagma.

normiert haben (genetisches Synallagma), sondern auch ihre Abhängigkeit in Ansehung der Erfüllung berücksichtigt und so das funktionelle Synallagma in einer der heutigen Rechtsanschauung entsprechenden Weise ausgebildet haben,[1]) so dürfte es nur als Überspannung eines Prinzips erscheinen, wollte man diese „Wechselbedingtheit" auch auf nebensächliche Verpflichtungen ausdehnen. Es erscheint in der Tat der Gerechtigkeit entsprechend, die Anwendung der Vorschriften der §§ 320 ff. und insbesondere des § 326 auszuschließen, soweit es sich nur um Nebenverbindlichkeiten handelt.[2])

§ 9. Die Abnahme nur ausnahmsweise eine Hauptleistung, § 326 B.G.B. bei Abnahmeverzug also nur ausnahmsweise anwendbar.

Ist nun die Abnahme beim Kaufe eine Hauptleistung? Die Antwort ergibt dann von selbst die Beantwortung der Hauptfrage. Denn nur dann und nur insoweit als die Abnahmepflicht als Hauptleistung erscheint, gibt der Abnahmeverzug dem Verkäufer die Rechte aus § 326 B.G.B.

Die Frage, ist die Abnahme eine Hauptleistung oder eine Nebenleistung, hat eine dreifache Beantwortung erfahren:

1. sie ist stets eine Hauptleistung,
2. sie ist stets eine Nebenleistung,
3. sie ist grundsätzlich eine Nebenleistung, ausnahmsweise eine Hauptleistung.

Die erste Ansicht ist von einer nicht unbedeutenden Minderheit,[3]) die zweite von einer verschwindend geringen Minderheit, die dritte neuerdings (etwa seit dem Jahre 1904) von der überwiegenden Mehrzahl vertreten und insbesondere auch vom Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung festgehalten worden.

---

[1]) Bechmann I, S. 542, 568 ff.

[2]) Planck, S. 334; Dernburg II, 1, S. 236; Staub, S. 1543; S. Goldmann, S. 1606; Düringer-Hachenburg, S. 17; E.R.G. LIII, S. 164; E.R.G. LVII, S. 110; Paech, S. 151; R.G. in R. 1907, S. 247.

[3]) Bis zum Jahre 1904 war diese Ansicht die herrschende.

§ 10. Die Fassung des Gesetzes.

Die Fassung des Gesetzes scheint zunächst darauf hindeuten zu wollen, daß die Abnahmepflicht stets als Hauptleistung anzusehen sei.

Der § 433 Abs. 2 sagt: „Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen."

Die Kaufpreiszahlungspflicht ist jedenfalls eine Hauptleistung beim Kaufvertrage; ist sie diesem doch so wesentlich, daß ihr Wegfall den Vertrag des Charakters als Kauf entkleidet!

Ist nun dieser wesentlichen Hauptleistungspflicht des Käufers durch das koordinierende, engverknüpfende „und" eine zweite Pflicht zur Seite gestellt, so scheint dies dafür zu sprechen, daß sie jener ersten Leistungspflicht gleichwertig ist.

Sieht man jedoch näher zu, so ergibt sich, daß jene scheinbar so enge und innige Verknüpfung eine rein zufällige und äußerliche ist.

Die Kaufpreiszahlungspflicht ist eine dem Kaufvertrage wesentliche; sie ist ein essentiale negotii.

Nicht so die Abnahmepflicht, die als bloßes naturale negotii erscheint.[1]) Für diesen ihren Charakter spricht schon ihre geschichtliche Entwickelung. Hat man sich so lange gesträubt, die Abnahmepflicht überhaupt als eine dem Käufer obliegende Verbindlichkeit, als eine schuldnerische Leistung zu statuieren, hat man sogar de lege lata — es sei an die im geschichtlichen Teile erörterte Auslegung des Art. 346 A.D. H.G.B. und die zu demselben ergangene Rechtsprechung erinnert! — überaus zurückhaltend in der Auffassung der Abnahmepflicht gezeigt, so wird man nicht annehmen dürfen, daß die Abnahmepflicht, wenn sie heute

[1]) Ebenso Planck, S. 330, 333; Crome, S. 424; Oertmann, S. 326; Sprenger, S. 604; Paech, S. 151; S. Goldmann, S. 1606; Cosack, S. 462; Lippmann, S. 800; Schöffer, S. 75; Haenisch, S. 30; Oberloskamp, S. 5; E.R.G. LIII, S. 165; a. A.: Düringer-Hachenburg III, S. 108 ff.

als dem Käufer obliegende Schuldnerleistung anerkannt ist, eine dem Kaufvertrag derart wesentliche ist, daß sie aus ihm nicht durch den Parteiwillen ausgeschaltet werden könnte. Auch aus den Materialien ergibt sich die Berechtigung dieser Auffassung. Wenn die „Motive“ [1]) besagen: „Schwiege das Gesetz, so würde die Abnahmepflicht als naturale negotii verneint erscheinen“, so heißt das positiv ausgedrückt: nimmt das Gesetz die Abnahmepflicht auf, so erkennt es sie dadurch als naturale negotii an. „Es ist schlechthin unerfindlich“, so sagt das Reichsgericht [2]), „aus welchem Grunde der Gesetzgeber zu einer derartigen Überspannung des Erfordernisses der Abnahmepflicht gelangt sein sollte, daß einem Vertrage die Eigenschaft als Kaufvertrag entzogen sei, wenn er z. B. das Geding enthält, dem Verkäufer stehe bei Verweigerung der Abnahme — unbeschadet seines Rechtes auf Zahlung des Kaufpreises mit den damit verknüpften weiteren Rechten — nur die Befugnis zum Selbsthilfeverkauf aus B.G.B. §§ 383 ff., H.G.B. § 373 zu“.

Ist so bewiesen, daß dem Kaufvertrage die Preiszahlungspflicht wesentlich, die Abnahmepflicht dagegen unwesentlich ist, daß sich also beide Pflichten in einem wichtigen Punkte unterscheiden, so ist damit zugleich der Beweis erbracht, daß jene enge Verknüpfung durch das koordinierende „und“ eine rein äußerliche ist, die keineswegs die zweite Pflicht der ersten gleichwertig als Hauptleistung zur Seite stellen will. —

Läßt so die Fassung des § 433 Abs. 2 die Frage offen, ob die Abnahme als Haupt- oder Nebenleistung zu werten sei, so scheint es zunächst, als könnte man aus einem anderen Grunde der Fassung des § 433 einen Beweisgrund dafür entnehmen, daß die Abnahmepflicht stets eine Hauptverpflichtung des Käufers ist. Man vergleiche den Absatz 1 mit dem Absatz 2 des § 433! Im ersten Absatze

[1]) Mot. II, S. 318.
[2]) E.R.G. LVII, S. 111.

sind dem Verkäufer zwei Verpflichtungen auferlegt: dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen; im zweiten Absatze sind die beiden vornehmsten Pflichten des Käufers festgesetzt: dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen. Hält man die Pflichten des Verkäufers und die des Käufers nebeneinander, so erweckt es bei flüchtiger Prüfung den Anschein, als läge hier ein doppeltes synallagmatisches Verhältnis vor. Der Verkäufer soll erstens dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache verschaffen und hierfür der Käufer den vereinbarten Kaufpreis zahlen: Rechtsverschaffung gegen Rechtsverschaffung. Der Verkäufer soll zweitens dem Käufer die Sache übergeben und dieser sie jenem abnehmen; dem „geben" scheint das „nehmen" zu entsprechen, dem „übergeben" das „abnehmen"; ist doch auch im § 448 die Übergabe der Abnahme gegenüber gestellt! Wie bei der Eigentumsverschaffung — Kaufpreiszahlungspflicht das juristische Moment das ausschlaggebende zu sein scheint, so scheint bei der Übergabe — Abnahmepflicht das räumlich-lokale Moment, das einen mehr tatsächlichen als rechtlichen Charakter trägt, auf beiden Vertragsparteien berücksichtigt zu sein: der Verkäufer soll dem Käufer den Besitz verschaffen und der Käufer den Verkäufer des Besitzes entheben, damit ihn der Kaufgegenstand nicht mehr belästigt. Sieht man indessen genauer zu, so ergibt sich bald die Unrichtigkeit dieser Ansicht.

Es muß schon auffallen, daß die einander scheinbar entsprechenden Leistungen und Gegenleistungen in Absatz 1 und Absatz 2 kreuzweise angeordnet sind. Im Absatz 1 an erster Stelle die Pflicht, die Kaufsache zu übergeben, in Absatz 2 die entsprechende Pflicht, die Sache abzunehmen, an zweiter Stelle; und umgekehrt im ersten Absatz die Pflicht, das Eigentum zu verschaffen, an zweiter Stelle, die entsprechende Pflicht, den Kaufpreis zu zahlen, an erster Stelle.

Schon das muß stutzig machen. Daß dieses doppelte synallagmatische Verhältnis aber in der Tat nicht besteht, daß weder die Eigentumsverschaffung der Kaufpreiszahlung, noch die Übergabe der Abnahme entspricht, ergibt sich sofort deutlich, wenn man die Verkäufer- und Käuferpflichten bei dem Kaufe einer beweglichen und einer unbeweglichen Sache nebeneinanderhält.

Beim Verkaufe einer unbeweglichen Sache liegen dem Verkäufer zwei Verpflichtungen ob: er muß die Immobilie dem Käufer übergeben und ihm Eigentum daran verschaffen, wozu gemäß §§ 873, 925 die Auflassung und Eintragung erforderlich ist. Hierbei steht die Übergabepflicht selbständig neben der Eigentumsverschaffungspflicht; ohne die Übergabepflicht des Verkäufers würde es dem Käufer überlassen bleiben, sich in Geltendmachung seines Eigentumsrechts den Besitz des Grundstücks selbst zu verschaffen. Dagegen trifft den Käufer nur eine Verpflichtung; er braucht nur den Kaufpreis zu zahlen, eine Abnahmepflicht besteht, wie oben ausgeführt, bei unbeweglichen Sachen nicht. — Folglich kann bei Immobilien nicht die Eigentumsverschaffungspflicht der Zahlungspflicht, die Übergabepflicht der Abnahmepflicht entsprechen, da eine Abnahmepflicht überhaupt nicht besteht.

Beim Verkaufe einer beweglichen Sache liegt umgekehrt dem Verkäufer nur eine Verpflichtung ob, die Eigentumsverschaffungspflicht, in der die Übergabepflicht als bloßer Bestandteil enthalten ist. Dies ist mindestens dann der Fall, wenn der Verkäufer Eigentümer der verkauften Sache ist: dann muß er, um seiner Eigentumsverschaffungspflicht aus § 433 zu genügen, nach § 929 übergeben[1]) und sich mit der Übertragung des Eigentums einverstanden erklären, sodaß eine besondere Erwähnung der Übergabepflicht in § 433 überflüssig ist; und zweitens auch dann, wenn der Verkäufer zwar nicht Eigentümer ist, der Käufer aber gutgläubig ist, weil in diesem Falle gemäß

[1]) Sofern nicht ein Traditionssurrogat gewählt wird.

§ 932 auch die Übergabepflicht in der Eigentumsverschaffungspflicht enthalten ist. Nur in einem Falle steht auch beim Kaufe von Mobilien die Übergabe wenigstens in gewissem Sinne neben der Eigentumsverschaffungspflicht. Ist nämlich der Verkäufer nicht Eigentümer, und weiß dies der Käufer, so kann jener gemäß § 433 wenigstens seine Übergabepflicht erfüllen, sofern er sich schon im Besitze der Sache befindet, während er der Eigentumsverschaffungspflicht erst dadurch genügen kann, daß er selbst das Eigentum erwirbt und dann gemäß § 929 sich zur Übertragung bereit erklärt.[1]) Aber selbst in diesem Falle kann man nicht sagen, daß die Übergabepflicht völlig selbständig neben der Eigentumsverschaffungspflicht steht. Denn selbst in diesem Falle wird der Verkäufer regelmäßig erst selbst Eigentum erwerben; erst dann wird er gemäß § 929 die Sache dem Käufer übergeben und sich mit der Übertragung des Eigentums einverstanden erklären, mag auch der Käufer schon vorher das Recht haben, die Übergabe gemäß § 433 zu verlangen. Von einer wirklich vollwertigen neben der Eigentumsverschaffungspflicht stehenden Übergabepflicht ist bei Mobilien durchweg keine Rede.[2]) Auf seiten des Verkäufers liegt vielmehr nur eine Pflicht vor, die Eigentumsverschaffungspflicht, in der die Übergabepflicht bereits enthalten ist; dieser einen Verkäuferpflicht, die sich aus zwei heterogenen Teilpflichten zusammensetzt, stehen zwei Käuferpflichten gegenüber. Folglich kann nicht die Eigentumsverschaffungspflicht der Zahlungspflicht, und ferner ein Bestandteil der Eigentumsverschaffungspflicht, nämlich die Übergabepflicht, der Abnahmepflicht entsprechen, denn dann

---

[1]) Ohne daß hier zur Eigentumsverschaffung noch eine besondere Übergabehandlung erforderlich wäre, weil der Käufer durch die bereits vorher bewirkte Übergabe sich im Besitze der Sache befindet (§ 929 Satz 2).

[2]) Nach den Motiven (II, S. 317) sollte freilich die Übergabepflicht im Hinblick auf die Wichtigkeit dieser Verpflichtung (auch bei Mobilien) besonders hervorgehoben werden!

würde die Übergabepflicht doppelt gewertet werden;[1]) sondern entweder entspricht die Eigentumsverschaffungspflicht der Zahlungspflicht plus der Abnahmepflicht, die beide als Hauptleistungen erscheinen, oder das Synallagma besteht nur zwischen Eigentumsverschaffungspflicht und Zahlungspflicht,[2]) zu der die Abnahmepflicht als bloße Nebenleistung hinzukommt. Welche Alternative die richtige ist, darüber gibt das Verhältnis des Absatz 1 zum Absatz 2 keinen Aufschluß.

§ 11. Die ratio legis.

Kann man so aus der Fassung des Gesetzes den Charakter der Abnahmepflicht als einer vollwertigen Hauptleistung oder minderwertigen Nebenleistung nicht ermitteln, so wird die vornehmste Erkenntnisquelle des Gesetzesinhalts, die ratio legis, der wirtschaftliche Zweck, den die Rechtsordnung in gerechter Abwägung der wirtschaftlichen Interessen verfolgt, das entscheidende Wort zu sprechen haben.

Natürlich sind die Fälle auszuscheiden, bei denen schon aus dem Vertrage hervorgeht, daß der Käufer zur Abnahme verpflichtet sein soll, mag sich eine solche Verbindlichkeit des Käufers stillschweigend ergeben, mag sie aus einer ausdrücklichen Beredung der Vertragschließenden hervorgehen. In derartigen Fällen haben die Kontrahenten selbst bei Abschluß des Kaufvertrages die Abnahmepflicht als Hauptleistung gewollt; auch wird dann meist, obschon das nicht nötig ist, die Abnahmepflicht besonders gewertet werden, ihr wird ein besonderes Recht auf seiten des Käufers entsprechen, das meist in der Verminderung seiner Verpflichtung, d. h. einer Erniedrigung des Kaufpreises bestehen wird. Auch solche Verträge sind reine Kaufverträge; es liegt kein Grund vor, sie als gemischte

---

[1]) Einmal selbständig im Synallagma mit der Abnahmepflicht, zweitens als Teil der Eigentumsverschaffungspflicht im Synallagma mit der Zahlungspflicht.

[2]) Denn diese ist jedenfalls eine Hauptleistung.

Geschäfte[1]) zu bezeichnen: sie sind Kaufverträge, bei denen die eine dem Käufer obliegende Verpflichtung, die Abnahme, im konkreten Falle eine außerordentlich gesteigerte Bedeutung hat. Daß in derartigen Fällen die Abnahme unter allen Umständen eine Hauptleistung ist, weil sie die Kontrahenten als Hauptleistung gewollt haben, und daß dann der Abnahmeverzug dem Verkäufer die Rechte aus § 326 gewährt, kann nicht zweifelhaft sein und ist auch nicht bestritten, wenn auch in solchen Fällen eben manche Schriftsteller den Vertrag nicht als reines Kaufgeschäft auffassen wollen.

Vielmehr sind hier nur die Fälle zu berücksichtigen, bei denen sich eine Verpflichtung des Käufers zur Abnahme nicht schon aus dem Vertrage ergibt.

Mit Recht sagt Jacobi[2]) für solche Fälle: „Von Sonderfällen, die hier nicht zu berücksichtigen sind, abgesehen, haben die Kontrahenten bei Eingehung des Vertrages an die Pflicht zur Abnahme nicht gedacht. Der Käufer kaufte die Sache in der Absicht, sie erwerben zu wollen. Dafür verpflichtete er sich, den Kaufpreis zu zahlen. Der Verkäufer wollte die Sache auch keineswegs los sein. Er wollte den Kaufpreis und deshalb gibt er die Sache auf. Also weder der Kaufpreis noch die Güte der Sache wird darnach bemessen, ob der Käufer abnehmen soll oder nicht.“ Aber noch mehr: die Kontrahenten, insbesondere der Verkäufer, haben nicht nur in der Regel beim Abschlusse des Kaufvertrags nicht an die Abnahmepflicht des Käufers gedacht, haben diese also als unerheblich angesehen und nicht als Hauptleistung gewertet, sondern sie werden auch bei Abwickelung des Kaufvertrages, bei dessen Erfüllung, die dem Käufer obliegende Abnahmepflicht für eine unerhebliche Nebenleistung ansehen; ja, der Verkäufer wird in den meisten Fällen, wenn der Käufer den Kaufpreis zahlt, aber die Sache nicht abnehmen will, nicht auf der

[1]) Oertmann zu § 433.
[2]) Jacobi, S. 288.

Abnahme bestehen, sondern es wird ihm sogar erwünscht sein, den Kaufpreis zu erhalten und die Kaufsache zu behalten; würde in solchen Fällen der Verkäufer gleichwohl die Abnahme verlangen, so würde ihm sogar das Schikaneverbot aus § 226 B.G.B. entgegengehalten werden können.

Wenn so in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle der Verkäufer an der Erfüllung der Abnahmepflicht durch den Käufer gar kein Interesse hat, wenn es ihm in den meisten Fällen gleichgültig oder sogar erwünscht und angenehm ist, daß der Käufer die Abnahmepflicht nicht erfüllt, so erscheint damit zunächst von seinem subjektiven Standpunkte aus die Abnahme durch den Käufer in der Regel als eine bloße Nebenleistung, die keinerlei Äquivalent für die von ihm bewirkte Verkäuferleistung bietet. Hat nun der Verkäufer gewöhnlich kein Interesse an der Erfüllung der Abnahmepflicht, ist für ihn die Abnahme regelmäßig eine unerhebliche, wertlose Nebenleistung, so hat auch das Gesetz keinen Anlaß, die Abnahme höher zu werten als der Verkäufer, m. a. W. die Abnahme von einer wertlosen Nebenleistung zu einer wertvollen Hauptleistung heraufzuschrauben. Denn das Gesetz stellt nur die Grundsätze und Normen auf, die der Gerechtigkeit und dem mutmaßlichen, berechtigten Parteiwillen entsprechen! Das Gesetz hat die Wertung der Abnahmepflicht durch den Verkäufer fixiert und hat so nur seine subjektive Wertung objektiviert, ohne dadurch den wirklichen inneren Wert der Abnahme (ob Haupt-, ob Nebenleistung) verändern und umprägen zu wollen.

Ist also die Abnahme durch den Käufer nach dem Willen der Vertragschließenden und nach dem Willen des Gesetzes in der Regel wertlos und ihre Erfüllung unerheblich, so charakterisiert sich damit die Abnahme gewöhnlich als bloße Nebenleistung; gerät der zur Abnahme verpflichtete Käufer mit ihr in Verzug, so hat mithin der Verkäufer regelmäßig nicht die weitgehenden Rechte aus § 326 B.G.B. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung

oder Rücktritt vom Vertrage, sondern ist auf einen Schadensersatzanspruch aus § 286 B.G.B. beschränkt.

Freilich gibt es auch Fälle, in denen die gewöhnlich so geringwertige Abnahme für den Verkäufer eine ganz außerordentlich gesteigerte Bedeutung hat. Aber solche die Ausnahme bildenden Fälle liegen immer nur dann vor, wenn durch besonders geartete Umstände dem Verkäufer ein besonderes Interesse an der Erfüllung der Abnahmepflicht durch den Käufer zur Seite steht, mag ein solches Interesse schon zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages bestanden haben oder wenigstens voraussehbar gewesen sein, mag es sich erst bei der Vertragserfüllung zeigen. Ein solches besonderes Interesse kann, wie im ersten Teile der Arbeit ausgeführt, entweder darin seinen Grund haben, daß dem Verkäufer die abzunehmende Sache durch ihr raumfüllendes, körperlich-existentes Vorhandensein Gewinnchancen verscherzt und ihm dadurch mittelbar Schaden bereitet (lucrum cessans), oder darin, daß sie ihm unmittelbar Schaden zu bereiten droht (damnum emergens). In derartigen Fällen will der Verkäufer die Sache los sein, weil sie ein Fremdkörper in seinem Vermögen geworden ist. Wie beim Kaufe von Immobilien — und erst recht von Mobilien — stets erst durch die Übergabe der Käufer in den vollen Genuß der Kaufsache kommt, erst jetzt sein Vermögen den Zuwachs, die Wertvergrößerung erreicht hat, die er durch den Kauf erstrebt, so wird in solchen Ausnahmefällen auch erst durch die Abnahme das Vermögen des Verkäufers in den Zustand versetzt, welcher ihm den vollen Genuß des Vorteils zuführt, der ihm aus dem Kaufvertrag erwachsen soll. Wie durch die Übergabe sich die Vermögenskräfte des Käufers steigern und entfalten, wie ihm die Übergabe einen positiven Wert zuführt, den er bislang noch nicht nutzen konnte, so führt dem Verkäufer ausnahmsweise die Abnahme positiv einen hohen Vermögenswert zu: sie befreit ihn von einer lästigen Verbindlichkeit, die Sache, die ihm fremd gegeworden, weiter bewahren zu müssen. Sie drückt auf

seine wirtschaftliche Betätigung, sie hindert ihn, durch ihre raumfüllende Existenz seine wirtschaftlichen Kräfte frei zu entfalten und auszunützen. Solange die Sache ihm noch nicht abgenommen ist, so lange ist seine vermögenswerbende Tätigkeit, sei's in höherem, sei's in geringerem Maße, gelähmt. In solchen Ausnahmefällen erscheint darum die Abnahme als eine Hauptleistung, als eine Leistung von hohem wirtschaftlichen Werte für den Verkäufer, die auch das Gesetz als Hauptleistung werten muß und werten will. Es würde als unberechtigte Beschränkung erscheinen, den Verkäufer in derartigen Fällen auf einen Schadensersatzanspruch aus § 286 zu beschränken; er müßte den langwierigen Prozeßweg beschreiten und zieht vielleicht den Kürzeren, wenn der Käufer insolvent ist. Hat die Abnahme im einzelnen Falle eine derartig gesteigerte Bedeutung, dann erscheint sie als Hauptleistung, die dem auf sie Berechtigten gegebenenfalls die Rechte aus § 326 B.G.B. eröffnet.

Solche besonderen Umstände, die ausnahmsweise die Abnahme als Hauptleistung erscheinen lassen, sind z. B. gegeben: „Wenn bei einem Verkaufe großer Quantitäten von Kohlen seitens einer Grube der regelmäßige Betrieb durch die dem Vertrag entsprechende Abnahme durch den Käufer bedingt ist.“ [1]) „Beim Verkaufe der Jahresproduktion einer Ziegelei an Mauer- und Backsteinen, wo die Natur des Ziegeleibetriebes an sich die regelmäßige Abnahme der fertiggestellten Steine durch den Käufer bedingt, wegen der zum Weiterbetrieb nötigen schnellen Räumung des Lagerplatzes und wegen der Anstellung von zum Verladen bestimmter, sonst nicht genügend beschäftigter Arbeiter.“ [2]) „Ausnahmsweise ist dies aber besonders dann der Fall, wenn, wie bei Sukzessivlieferungen von Massenartikeln, der ordnungsmäßige Betrieb des Geschäfts des Verkäufers durch die regelmäßige Abnahme der jeweils bereitgestellten

[1]) R.G. i. R. 1905, S. 470.
[2]) R.G. i. R. 1907, S. 247.

Ware bedingt ist . . . ."[1]) „Im Großhandel bei Lieferung von Massenprodukten und Massenartikeln oder aus besonderen Bestimmungen des Vertrages, so bei den Verkäufen ab Schiff."[2]) —

Die Ansicht, die Abnahme erscheine nur ausnahmsweise als Hauptleistung und eröffne nur in solchen Ausnahmefällen beim Verzuge des Käufers dem Verkäufer die Rechte aus § 326 B.G.B., ist denn auch (seit dem Jahre 1904) die herrschende geworden. Sie wird insbesondere vertreten von Dernburg,[3]) Oertmann,[4]) v. Staudinger-Kober,[5]) Windscheid-Kipp,[6]) Fischer-Henle,[7]) S. Goldmann,[8]) Paech,[9]) Bechmann[10]) und Hohenstein.[11]) Auch Brinkmann,[12]) Haenisch,[13]) Oberloskamp,[14]) Scheider[15]) und Striebinger[16]) sind hier zu nennen. Die Begründung ist bei allen im wesentlichen die gleiche, hergeleitet aus der ratio legis.

Auch Staub[17]) ist im wesentlichen zu den Vertretern dieser Gruppe zu rechnen. Auch er meint, daß grundsätzlich die Abnahme eine bloße Nebenverpflichtung sei; doch könne sie bisweilen als ein Teil der Hauptverpflichtung

---

[1]) R.G. i. R. 1907, S. 247.
[2]) R.G. i. E.R.G. LVII, S. 112.
[3]) Dernburg II, 1, S. 236; II, 2, S. 42.
[4]) Oertmann, S. 170.
[5]) v. Staudinger-Kober zu §§ 433, 326.
[6]) Windscheid-Kipp, S. 335, 658.
[7]) Fischer-Henle zu § 433.
[8]) S. Goldmann, S. 1579.
[9]) Paech, S. 152.
[10]) Bechmann III, S. 156.
[11]) Hohenstein in Gruchots Beiträgen XXXXVIII, S. 771.
[12]) Brinkmann, S. 36, 52; Brinkmann will übrigens höchstens ein Rücktrittsrecht, nicht auch ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 326 Abs. 1 Satz 2 und 3 geben und Abs. 2 überhaupt ausschließen.
[13]) Haenisch, S. 31.
[14]) Oberloskamp, S. 63.
[15]) Scheider, S. 35.
[16]) Striebinger, S. 66.
[17]) Staub, S. 1545.

erscheinen, nämlich dann, wenn sie in so engem Zusammenhange mit der Hauptleistung stünde, daß die Hauptleistung nicht als bewirkt gelte, wenn die Nebenleistung nicht mit ihr verbunden ist. Bezüglich dieser Ausführungen Staubs ist einmal darauf hinzuweisen, daß seine Ausdrucksweise als unglücklich bezeichnet werden muß: die Abnahme sei ein Teil der Hauptleistung nur dann, wenn die Hauptleistung nicht als bewirkt gelte, wenn nicht die Nebenleistung mit ihr verbunden sei, sodaß unter denselben Voraussetzungen die Abnahme unter besonderen Umständen einmal als Teil der Hauptleistung, das andere Mal als Nebenleistung bezeichnet wird. Ferner ist nochmals zu betonen, daß die Ausführungen Staubs an dieser Stelle in Widerspruch stehen mit seinen Ausführungen auf S. 1543: denn selbst wenn, wie Staub meint, ausnahmsweise die Abnahme ein Teil der Hauptleistung sei, so ist sie doch von dem anderen Teile, der Zahlung, immer noch qualitativ verschieden, so daß auch in diesem Falle die Regeln über Teilverzug nicht Platz greifen könnten, da es sich um eine (Abnahme) von zwei verschiedenen Verpflichtungen (Abnahme und Zahlung) handelt.

Eine Sonderstellung unter dieser Gruppe nimmt Planck[1]) ein. Er meint, indem er sich im übrigen auf den Standpunkt der herrschenden Meinung stellt, daß der Satz 3 des Absatzes 1 stets anzuwenden sei. Wie er zu dieser Ansicht kommt, ist nicht recht ersichtlich. Der Satz 3 steigert doch nur die Rechte aus Satz 2; ist dieser grundsätzlich unanwendbar, dann muß es Satz 3 erst recht sein, der zu den Grundvoraussetzungen des Satzes 2 nur noch eine weitere Voraussetzung hinzufügt!

Auch in der Praxis ist diese Ansicht als die herrschende zu bezeichnen. So stellte sich das Oberlandesgericht Marienwerder[2]) auf den Standpunkt, daß beim Abnahmeverzuge § 326 nur ausnahmsweise anwendbar sei.

---

[1]) Planck, S. 157, 335.

[2]) in Seuff. Arch. LIX, S. 132.

Diese Ansicht ist namentlich auch vom Reichsgerichte vertreten worden, das bereits in einer stattlichen Reihe von Entscheidungen seinen Standpunkt festgehalten hat. So besagt ein Urteil vom 9. Dezember 1902:[1]) „. . . . die Abnahme der Kaufsache ist dagegen bei Käufen über bewegliche Sachen . . . . weder die Hauptleistung, noch eine solche, die zu der Hauptleistung gehört . . . .; der Verkäufer kann deshalb aus einem Verzuge des Käufers mit Erfüllung dieser Abnahmeverpflichtung allein die Rechte aus Satz 1 und Satz 2[2]) des § 326 Abs. 1 nur dann ableiten, wenn die Abnahme nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles ein Teil der im übrigen noch nicht erfüllten Hauptleistung ist . . . .“ In dem nämlichen Sinne sprechen sich, zum Teil mit Rückverweisung auf das erstgenannte Urteil, aus die Urteile vom 28. April 1903,[3]) vom 16. Juni 1903,[4]) 6. November 1903[5]) („während die Abnahme des Kaufgegenstandes in der Regel nur einem untergeordneten Interesse des Verkäufers entspricht“), 8. Januar 1904.[6]) Das Urteil, das die ausführlichste Begründung aufweist, datiert vom 23. Februar 1904:[7]) „Weiterhin kann darüber wohl kein Zweifel bestehen, daß die Anerkennung der Verpflichtung zur Abnahme als einer in der Regel dem Kaufe zukommenden Wirkung an sich noch nicht den Schluß rechtfertigt, die damit aufgestellte Leistung des Käufers sei die Hauptleistung oder ein Teil

[1]) i. E.R.G. LIII, S. 164.

[2]) Nur über die Anwendbarkeit der ersten beiden Sätze des Absatz 1 handelt das angeführte Urteil. Damit ist aber zugleich auch über die Anwendbarkeit des dritten Satzes des Absatz 1 und des Absatz 2 entschieden, da die in diesen ausgesprochenen Sätze nur Spezialfälle normieren, die sich auf jenen in Satz 1 und Satz 2 geregelten Fällen aufbauen. Vgl. hierüber S. 28, 29.

[3]) J.W. 1903, Beil. 9, S. 79, u. R. 1903, S. 290.

[4]) E.R.G. LV, S. 111.

[5]) E.R.G. LVI, S. 138 u. J.W. 1903, S. 431.

[6]) J.W. 1904, S. 112.

[7]) E.R.G. LVII, S. 106 ff. u. J.W. 1904, S. 171 u. D.J.Z. 1904. S. 342.

der Hauptleistung.“ „Von hierher gehörigen Entscheidungen sind ferner noch zu nennen: die Urteile vom 22. März 1904[1]) („die demselben nach § 433 Abs. 2 des B.G.B. obliegende nebensächliche Verpflichtung zur Abnahme der gekauften Ware“), vom 11. Juli 1905[2]) („Abnahmeverzug gibt dem Verkäufer in der Regel nicht die Rechte aus § 326. Es kann dies jedoch ausnahmsweise der Fall sein, wenn nach Lage der geschäftlichen Verhältnisse für den Verkäufer ein dem Käufer bekanntes besonderes Interesse an der ordnungsmäßigen Abnahme der Ware besteht“), sowie ferner die Urteile vom 11. Januar 1907,[3]) 15. Januar 1907[3]) und 17. Januar 1907.[3])

§ 12. Die andern Ansichten und ihre Vertreter.

Ist so der Beweis erbracht, daß die Abnahme nur ausnahmsweise eine Hauptleistung ist, der Abnahmeverzug also nur ausnahmsweise dem Verkäufer die Rechte aus § 326 B.G.B. eröffnet, so sind damit zugleich jene beiden andern Ansichten widerlegt, welche die Abnahme stets bezw. nie als Hauptleistung ansehen und dementsprechend bei Abnahmeverzug den § 326 B.G.B. immer oder niemals Platz greifen lassen.

Die erste Ansicht ist sogar bis etwa zum Jahre 1904 die herrschende gewesen und hat in der Literatur zahlreiche Vertreter aufzuweisen, so Schollmeyer,[4]) Cosack,[5]) Crome,[6]) Endemann,[7]) Lehmann-Ring,[8]) Müller-Meikel,[9]) Emerich,[10]) Fleck,[11]) Samulon,[12]) Schöffer,[13]) Rosenthal[14]) und Schütze.[15]) Eine besonders ausführliche und eingehende Begründung

[1]) J.W. 1904, S. 237.
[2]) R. 1905, S. 470.
[3]) R. 1907, S. 247.
[4]) Schollmeyer, S. 38.
[5]) Cosack, S. 461.
[6]) Crome, S. 426.
[7]) Endemann, S. 938.
[8]) Lehmann-Ring, S. 115.
[9]) Müller-Meikel, S. 276.
[10]) Emerich, S. 89.
[11]) Fleck, S. 254.
[12]) Samulon, S. 54.
[13]) Schöffer, S. 72.
[14]) Rosenthal, S. 30 ff.
[15]) Schütze, S. 42.

seiner Ansicht hat Rosenberg[1]) gegeben. Die genannten Schriftsteller lassen sich sämtlich durch eine grundsätzliche Überschätzung der wirtschaftlichen Bedeutung der Abnahmepflicht zu ihrer Ansicht verleiten; ihre Begründung ist im wesentlichen dieselbe.

Eine Sonderstellung unter dieser Gruppe nehmen Düringer-Hachenburg[2]) ein. Sie sind, worauf schon gelegentlich hingewiesen wurde, der Ansicht, daß die Abnahmepflicht dem Kaufvertrage wesentlich und aus diesem Grunde stets Hauptleistung sei. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ist schon oben nachgewiesen.

Eine Sonderstellung unter dieser Gruppe nimmt auch Makower[3]) ein, der grundsätzlich den Standpunkt der oben genannten Schriftsteller teilt, aber seine Ansicht hinsichtlich des praktischen Ergebnisses in weitestem Umfange zugunsten der herrschenden Meinung einschränkt. „Nur insoweit wird", so meint er nämlich, „der im Anschluß an Staub ergangenen Rechtsprechung beigepflichtet werden dürfen, als die Ausübung der Rechte hinsichtlich des Gesamtvertrags auszuschließen ist, wenn die durch die Nichterfüllung der Abnahmeverpflichtung und der Erfüllung der sonstigen Hauptleistung eintretende Trennung der Gesamtleistung nicht gegen das Interesse des Nichtsäumigen verstößt. Hierzu bedarf es aber keiner Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistung, sondern dies folgt ohne weiteres aus der Auslegung der Bestimmungen des § 326 über Verzug mit einem Teil der Leistung, wenn man nur diese Bestimmungen nicht auf Mengeteile beschränkt."

Auch aus der Praxis sind einige Urteile zu nennen, die uneingeschränkt für die Anwendbarkeit des § 326 eintreten. So meint das Oberlandesgericht Hamburg:[4]) „Es erscheint

[1]) Rosenberg, a. a. O.
[2]) Düringer-Hachenburg, S. 108 ff.
[3]) Makower, a. a. O.
[4]) R.O.L.G. IX, S. 223.

deshalb nicht als zulässig, die Abnahmepflicht nur als nebensächliche gegenüber der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises zu behandeln und einen Verzug des Käufers in der Erfüllung der Vertragspflichten nur im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises anzunehmen." In gleichem Sinne entschied das Oberlandesgericht Colmar: „Die Fassung des § 433 macht keinen Unterschied zwischen den beiden darin dem Käufer auferlegten Verpflichtungen, zu zahlen und abzunehmen." Auch das Oberlandesgericht Breslau sprach sich in einem Urteil vom 16. Oktober 1902 [1]) in diesem Sinne aus: „Ganz ebenso wie die Zahlungspflicht als Leistung gedacht." [2]) Zu demselben Ergebnis kommt auch das Oberlandesgericht Posen, [3]) allerdings aus einem anderen Grunde, weil es nämlich überhaupt im § 326 nicht zwischen Haupt- und Nebenleistungen unterscheiden will. [4]) Auch ein Urteil des Oberlandesgerichts Marienwerder [5]) ist hier zu erwähnen.

Freilich, eine Erwägung ist es, die den Vertretern dieser Ansicht recht zu geben und dafür zu sprechen scheint, daß § 326 beim Abnahmeverzuge des Käufers stets anwendbar sei, eine Erwägung, die wohl bisher nicht genügend betont und berücksichtigt ist: die große Verwandtschaft der Abnahmepflicht mit der Spezifikationspflicht.

Auch die Spezifikation ist nämlich eine wirkliche Pflicht des Käufers, [6]) nicht nur ein Recht desselben, eine Pflicht

---

[1]) R. 1902, S. 556.

[2]) Vgl. dagegen O.L.G. Breslau in R.O.L.G. III, S. 184 (unten S. 56).

[3]) R.O.L.G. II, S. 33.

[4]) „. . . . der § 326 B.G.B., der bei einem gegenseitigen Vertrage jedem Teile gestattet, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, sofern der andere Teil . . . . im Verzuge ist, ohne für die Begründung des Anspruchs irgendwelche Normen aufzustellen."

[5]) E.R.G. LIII, S. 161.

[6]) Ebenso S. Goldmann, S. 1625; O.L.G. Breslau v. 25. Sept. 05 in R.O.L.G. XI, S. 410; a. A: O.L.G. Dresden v. 3. Dez. 01 in R.O.L.G. IV, S. 225.

im eigentlichen Sinne des Wortes, deren Erfüllung nötigenfalls erzwungen werden kann. Man hat der Bestimmungspflicht den Charakter einer Schuldnerpflicht abgesprochen. So will Makower[1]) den Verzug des Bestimmungsberechtigten nicht als Schuldnerverzug auffassen, sondern nur als Gläubigerverzug. Wenn Makower sich für die Richtigkeit seiner Ansicht darauf beruft, dass dasjenige, was man sich vorbehält (vgl. H.G.B. § 375), nach dem Willen der Beteiligten nur ein Recht und keine Pflicht sein soll, so ist damit zunächst nur gesagt, daß es in erster Linie ein Recht sein soll; aber wie sich der berechtigte Gläubiger seinem Schuldner verpflichten kann, daß er von seinem Rechte auch wirklich Gebrauch macht (vgl. oben S. 19 ff.), so kann sich auch der, welcher sich etwas vorbehält, d. h. sich ein Recht sichert, sich verpflichten, das vorbehaltene Recht auszuüben, sodaß dann dem Vorbehalt die Doppelnatur von Recht und Pflicht zukommt. Die Auffassung Makowers, wenn man das vorbehaltene Bestimmungsrecht zugleich als eine Bestimmungspflicht auffassen wolle, so sei das nur in dem Sinne möglich, daß die Bestimmung Bedingung für die Ausübung anderer Rechte des Käufers sei; der Käufer habe die Bestimmungspflicht, falls er jene anderen Rechte ausüben wolle, er habe eine solche Pflicht nicht auch dann, wenn er jene Rechte nicht ausüben wolle, läuft wieder darauf hinaus, der Bestimmungspflicht den Charakter einer wirklichen Pflicht abzusprechen. Aber Makower faßt die Bestimmungspflicht zu Unrecht in diesem Sinne auf. Wenn das Gesetz besagt: „Der Käufer ist verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen," so heißt das, daß hier eine wirkliche Pflicht gegeben sein soll. Auch die Entstehungsgeschichte des § 375 H.G.B. spricht gegen die Auffassung Makowers. Wenn die Denkschrift zu dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches[2]) besagt: „Nach dem geltenden (d. h. jetzt dem früheren) Rechte

[1]) Makower, S. 1124, 1125; ebenso Bechmann III, S. 365.

[2]) S. 216.

gerät der Käufer, der die Spezifikation unterläßt, in Annahmeverzug", dagegen den § 346 des Entw. (§ 375 H.G.B.) erläuternd ausdrücklich bemerkt, daß der § 346 in der Spezifikation ebensowohl ein Recht wie eine selbständige Vertragspflicht des Käufers erblickt und folgeweise, wenn die Spezifikation nicht rechtzeitig geschieht, nicht einfach die Folgen des Annahmeverzuges eintreten läßt, vielmehr den Verkäufer für befugt erklärt, nach seiner Wahl entweder die Spezifikation selbst vorzunehmen oder die gemäß § 326 des B.G.B.[1]) bei dem Erfüllungsverzuge einer Partei dem nicht säumigen Teile zustehenden Rechte geltend zu machen, so weist es deutlich darauf hin, daß es sich um eine wirkliche Pflicht des Käufers mit allen ihren rechtlichen Konsequenzen handelt. Dies will Makower nicht gelten lassen, und so kommt er zu der sonderbaren Auffassung, daß § 375 H.G.B. bei dem Spezifikationsverzuge des Käufers den Verkäufer nicht auf die gewöhnlichen Rechte aus dem Annahmeverzuge des Gläubigers beschränkt, sondern ihm ausgedehntere Rechte zugesteht, die aber alle aus dem Annahmeverzuge des Käufers fließen. Einmal ist es schon äußerst unwahrscheinlich, daß beim Annahmeverzuge die gewöhnlichen Rechte in jenem besonderen Falle des Spezifikationsverzuges in dieser ganz außerordentlichen Weise erweitert werden.[2]) Gehen doch die im § 375 H.G.B. dem Verkäufer gewährten Rechte noch über die Rechte hinaus, die dem Gläubiger beim Schuldnerverzug gewährt werden. Und weiter würde die Ansicht Makowers eine schwere Beeinträchtigung der Rechte des nicht spezifizierenden Käufers enthalten, wenn dieser die Spezifikation infolge eines Umstandes unterläßt, den er nicht zu vertreten hat: nach Makower stünden dem Verkäufer die Rechte aus § 375 gleichwohl zu, da es sich nur um Annahmeverzug handelt; nach der anderen Ansicht, die als die richtige bezeichnet werden muß, würden ihm in diesem Falle die Rechte aus § 375 nicht zustehen.

[1]) § 320 der Bundesrats- und Reichstagsvorlage.

[2]) Makower spricht von „etwas" ausgedehnteren Rechten.

Die Spezifikationspflicht ist deshalb so ausführlich charakterisiert worden, weil gezeigt werden sollte, daß auch sie eine wirkliche Pflicht ist. Damit ist zugleich die große Verwandtschaft, die sie mit der Abnahmepflicht aufweist, nachgewiesen. Wie die Abnahmepflicht auch in erster Linie mehr als Recht erscheint und an zweiter Stelle als Pflicht, so steht es auch mit der Spezifikationspflicht, die in erster Reihe dem Käufer ein Recht eröffnet, aber als Kehrseite des Rechts ihn auch zur Ausübung desselben nötigt. Nun liegt es nahe, so zu folgern: räumt der Spezifikationsschuldnerverzug dem Verkäufer unter anderem die weitgehenden Rechte aus § 326 B.G.B. ein, dann wird das gleiche für die ihrem ganzen Wesen nach überaus ähnlich gestaltete Abnahmepflicht durchweg zu gelten haben. Gerade diese Verwandtschaft zwischen der Abnahmepflicht und der Spezifikationspflicht scheint ein zwingendes Argument zu enthalten.[1]) — Indessen dürfte diese Beweisführung dennoch unberechtigt sein. Die Gewährung der Rechte aus § 326 B.G.B. beim Spezifikationsverzuge ist eine Sonderbestimmung des Handelsrechts, begründet durch die besonderen Interessen des Handelsstandes, die jeder analogen Anwendung auf ähnlich liegende Rechtsverhältnisse unzugänglich ist. — — —

Lassen sich so für die Berechtigung jener Ansicht, die Abnahme sei stets eine Hauptleistung und der Abnahmeverzug gewähre stets die Rechte aus § 326, wenigstens gewisse Rechtfertigungsgründe anführen, so ist jene dritte Meinung, die den § 326 schlechthin für unanwendbar erklären will, gänzlich unbegründet.

Daß Kohler, Romeick und Lippmann zu diesem Ergebnis kommen mußten, ist bereits oben entwickelt: sehen sie doch die Abnahmepflicht überhaupt nicht als Leistung an!

Diejenigen Schriftsteller, die zwar anerkennen, daß die Abnahme eine wirkliche Leistung sei, die sie aber unter

[1]) Ähnliche Erwägungen finden sich bei Düringer-Hachenburg, S. 110 und Crome II, § 215, Anm. 4.

allen Umständen als bloße Nebenleistung werten wollen, sind nur sehr gering an der Zahl.

Hierher gehört als bedeutsamster Vertreter Jacobi.[1]) Er geht davon aus, daß „die Kontrahenten bei Eingehung des Vertrages nicht an die Pflicht zur Abnahme gedacht haben". Das ist freilich richtig; aber diese Erwägung ist nicht ausschlaggebend. Nur darauf kommt es an, ob zur Zeit der Erfüllung des Vertrages dem Verkäufer ein besonderes Interesse an der Abnahme zur Seite steht, nicht darauf, ob die Vertragschließenden bei Abschluß des Vertrages die Möglichkeit des Vorhandenseins eines besonderen Interesses berücksichtigten.

Ganz unklar und in sich selbst widerspruchsvoll sind die Ausführungen Rauerts, der wohl gleichfalls die Anwendbarkeit des § 326 bedingungslos verneinen will, ob schon sich dies aus seinen Darlegungen nicht recht erkennen läßt. Erst meint er auf Seite 75: „Die Abnahme ist eine Leistung, zu der der Käufer . . . . verpflichtet ist . . . ; nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Käufer-Schuldner dem Verkäufer-Gläubiger nach § 286 zum Schadensersatze verpflichtet, auch kann letzterer die Rechte aus § 326 geltend machen." Ebenso tritt er noch auf Seite 80 für eine uneingeschränkte Anwendbarkeit des § 326 ein. Er sagt dann plötzlich auf Seite 81: „Es wird sich zeigen, daß wir im Ergebnis mit den Ausführungen Staubs übereinstimmen," der doch auf dem Standpunkte der herrschenden Meinung steht. Auf Seite 84/85 endlich kommt er zu einer bedingungslosen Verneinung der Anwendbarkeit des § 326. Er meint: „Kommt demnach der Käufer mit der Abnahme in Verzug, trotzdem er den Kaufpreis bezahlt hat, so liegt teilweise Nichterfüllung vor und der Käufer könnte die Rechte aus § 326 Abs. 1 Satz 3 (es ist versehentlich Satz 2 gedruckt) geltend machen. Hier wird auf den § 325 Abs. 1 Satz 2 verwiesen, der dem Verkäufer gestattet, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit

[1]) Jacobi, S. 288.

nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder vom ganzen Vertrage zurückzutreten, aber nur, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat. Mit dem letzten Satze ist aber schon das Urteil über die Anwendbarkeit dieser Vorschrift gesprochen. Wir waren von dem Fall ausgegangen, daß der Käufer den Kaufpreis gezahlt hatte; daß diese teilweise Erfüllung — das Kaufgeld — für den Verkäufer jemals kein Interesse haben könnte, ist ausgeschlossen und damit zessiert der § 326 Abs. 1 und aus demselben Grunde der § 326 Abs. 2, weil die Erfüllung des Kaufvertrages trotz des Verzugs in der Abnahme für den Verkäufer immer noch insoweit ein Interesse hat, als er den Kaufpreis erhält.“ Dabei übersieht Rauert, daß es sich nicht darum handelt, daß der Verkäufer an der teilweisen Leistung — d. h. dem Kaufpreise — kein Interesse hat, sondern an der teilweisen Vertragserfüllung, d. h. am Austausch der beiderseitigen Leistungen.[1])

Auch in der Praxis sind einige Entscheidungen ergangen, welche die Anwendbarkeit des § 326 bei Abnahmeverzug schlechthin ausschließen. In diesem Sinne spricht sich ein Urteil des Oberlandesgerichts Breslau vom 24. Juni 1901[2]) aus, desgleichen ein Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 17. Oktober 1902.[3])

§ 13. Praktische Ausgestaltung der Rechte des Verkäufers aus § 326 B.G.B. bei Abnahmeverzug des Käufers.

So bleibt bloß noch übrig, kurz auf die Frage einzugehen, wie sich praktisch die Ausübung der Rechte aus § 326 gestalten wird. Die Zahlungspflicht und die Abnahmepflicht lassen sich nicht auseinanderreißen; sie sind in wirtschaftlicher Beziehung so untrennbar verbunden, daß es unmöglich erscheint, die Rechte auf Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur gesondert in bezug auf

[1]) E.R.G. L, S. 143; Staub, S. 1553; v. Staudinger-Kuhlenbeck, S. 205; Oertmann zu § 326; Paech, S. 152.

[2]) R.O.L.G. III, S. 184.

[3]) R.O.L.G. VI, S. 49.

einen dieser Obligationszweige auszuüben. So wird, wenn der Käufer bezahlt hat, aber mit der Abnahme im Verzug ist, der Verkäufer nach vergeblichem Warten gegebenenfalls vom ganzen Vertrage zurücktreten, bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen, und nicht nur seine Rechte ausüben in bezug auf einen Vertragsteil, welcher der Abnahme entspricht. Denn einen solchen Vertragsteil gibt es nicht,[1]) nur das Ganze als Summe seiner Teile entspricht dem Ganzen, nur die Zahlung plus der Abnahme als Käuferleistung entspricht in jenen Ausnahmefällen der Eigentumsverschaffung als Verkäuferleistung. Ganz entsprechendes gilt dann, wenn der Käufer nur bezüglich einer Quote der Abnahmepflicht im Verzuge ist: dann hängt diese Quote der Abnahmepflicht mit der entsprechenden Quote der Zahlungspflicht wiederum so eng zusammen, daß der nicht säumige Verkäufer gegebenenfalls die Rechte auf denjenigen Teil des Vertrages erstreckt, welcher der Summe der Quoten der Abnahme- und der Zahlungspflicht entspricht. Wenn Käufer z. B. mit der Abnahme eines Drittels der verkauften Ware im Verzuge ist, dann wird der Verkäufer auch das entsprechende Drittel der Zahlung nach fruchtlosem Ablaufe der Frist ablehnen und zu einem Drittel vom ganzen Vertrage zurücktreten, bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen; wenn nicht dieses losgelöste Dritteil den Rest des Vertrages für ihn so wertlos macht, daß er an der teilweisen Erfüllung kein Interesse hat und deshalb überhaupt vom ganzen Vertrage zurücktritt. Insofern spielt beim Abnahmeverzuge des Käufers der § 326 Abs. 1 Satz 3 unter Umständen eine besonders wichtige Rolle, da er einmal ein Auseinanderreißen der qualitativ verschiedenartigen Zahlungs- und Abnahmepflicht verhütet, und zweitens außerdem die quantitative Zusammengehörigkeit und Unteilbarkeit berücksichtigt für den Fall, daß bloß eine Quote (der Abnahme) geleistet ist.

[1]) Düringer-Hachenburg III, S. 110.

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher, Kommentare, Monographien und Dissertationen.

Barkhausen, Die Klage des Verkäufers auf Abnahme der Ware, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 30. Bd.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, 1. Teil 1876, 3. Teil 1905.

Bretzfelder, Begriff der Abnahme beim Kauf- und Werkvertrag. Diss. Erlangen 1906.

Brinkmann, Die Abnahmepflicht beim Kauf und Werkvertrag und die Folgen ihrer Verletzung. Diss. Leipzig 1906.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1903, 4. Aufl.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 2. Bd. 1. und 2. Abt. 1905, 1906, 3. Aufl.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 2. Bd. 1897, 5. Aufl.

Dernburg, Pandekten, 2. Bd. 1900, 6. Aufl.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 3. Bd. 1905.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs, 4. Bd. 1900.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1903, 9. Aufl.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 1906, 7. Aufl.

Fleck, Die Verzugslehre und der Entwurf eines Handelsgesetzbuches, in Kohlers Archiv für Bürgerliches Recht, 12. Bd. 1897.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 1896, 7. Aufl.

Franz Goldmann, Der Inhalt der Abnahmepflicht des Käufers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nebst historischer Einleitung. Diss. Leipzig 1905.

Samuel Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, 3. Bd. 1906.

Goldschmidt, Zusatz zu Barkhausen in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 30. Bd.

Haenisch, Wirkungen des Abnahmeverzuges des Käufers Diss. Greifswald 1907.

Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge, 1895.

Hohenstein, Der Abnahme - Annahmeverzug des Käufers-Gläubigers, in Kohlers Archiv für Bürgerliches Recht, 25. Bd. 1905.

Hohenstein, Der § 326 B.G.B. und der Abnahmeverzug des Käufers, in Gruchots Beitr. zur Erläut. d. deutschen Rechts, 48. Bd.

Jacobi, Die Abnahmepflicht des Käufers, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 45. Bd.

Kohler, Der Gläubigerverzug, in Kohlers Archiv für bürgerliches Recht, 13. Bd.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 17. Bd.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Bd. 1903.

Laband, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, im Archiv für die zivilistische Praxis, 74. Bd.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1904, 1. Hälfte.

Lehmann, Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme“ (Empfangnahme) nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und dem Handelsgesetzbuche, in der Deutschen Juristenzeitung 1902.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Bd. 1901.

Lippmann, Gibt der Abnahmeverzug des Käufers für sich allein dem Verkäufer die Rechte aus § 326 B.G.B.?, in der Deutschen Juristenzeitung 1904.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 2. Bd. 1907, 13. Aufl.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Lehre von der Mora 1855.

Müller und Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches, 1. Bd. 1904, 2. Aufl.

Oberloskamp, Abnahmepflicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Diss. Leipzig 1905.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 2. Bd. 1906, 2. Aufl.

Oertmann, Der Kauf „mit Spezifikation", im Archiv für die zivilistische Praxis, 85. Bd.

Paech, Der Leistungsverzug, 1902.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Bd. 1907, 3. Aufl.

Rauert, Anspruch auf Abnahme bei Kauf, Dienstvertrag und Werkvertrag. Diss. Rostock 1902.

Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches, Heft 1: Fristbestimmung, 1901.

Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 43. Bd.

Rosenthal, Die Abnahmepflicht des Gläubigers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Bonn 1904.

Samulon, Ist § 326 B.G.B. auf den Abnahmeverzug des Käufers anwendbar?, in der Juristischen Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen 1902.

Schneider, Ein Beitrag zur Auslegung der Abnahmepflicht im Bürgerlichen Gesetzbuch beim Kauf- und Werkvertrag. Diss. Erlangen 1906.

Schöffer, Die Abnahmepflicht beim Kauf- und Werkvertrag. Diss. Rostock 1903.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schulverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche, 1904, 2. Aufl.

Schütze, Die Abnahmepflicht des Käufers. Diss. Kiel 1904.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, 1902.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, 2. Bd. 1868, 3. Aufl.

Sprenger, Über die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme der verkauften Sache nach § 459 Abs. 2 des Entw. eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 34. Bd.

Staub, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 1896, 3. u. 4. Aufl.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Bd. 1907, 8. Aufl.

J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 2. Bd., 1906 und 1907, 2., 3. und 4. Aufl.

Thöl, Das Handelsrecht, 1. Bd. 1879, 6. Aufl.
Treitschke, Der Kaufkontrakt 1865, 2. Aufl.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd. 1906, 9. Aufl.

2. Materialien.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1. Lesung, 1888.
Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1892.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und eines zugehörigen Einführungsgesetzes, sowie eines Gesetzes betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes usw. in der Fassung der Bundesratsvorlagen, 1898.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Dem Reichstage vorgelegt in der 4. Session der 9. Legislaturperiode, 4. Aufl., 1896.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Bd., 1888.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Bd., 1898.
Entwurf eines Handelsgesetzbuches mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift, 1896.

3. Zeitschriften.

Deutsche Juristenzeitung (D.J.Z.).
Das Recht (R.).
Juristische Wochenschrift (J.W.).

4. Entscheidungssammlungen.

Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (E.R.G.).
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (R.O.L.G.).
Die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts (R.O.H.G.).
Buschs Archiv für Handelsrecht.

Lebenslauf.

Ich, Rudolf Weissstein, wurde am 8. Juli 1887 als Sohn des Apothekers Dr. Alfred Weissstein und seiner Ehefrau Hermine geb. Fuchs in Breslau geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger und jüdischer Konfession.

Ich besuchte das Gymnasium zu St. Maria-Magdalena, das ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

In Freiburg i/Br., München und Breslau widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 4. Juni 1908 bestand ich die erste juristische Prüfung, am 23. Juni 1908 das examen rigorosum.

Zu meiner Ausbildung als Referendar wurde ich zunächst dem Königl. Amtsgericht Neusalz a/O. überwiesen. Gegenwärtig bin ich bei dem Königl. Landgericht Breslau beschäftigt.

Den Herren Professoren Dr. Schott und Dr. Meyer spreche ich für die gütige Förderung meiner Arbeit meinen besten Dank aus.